Série
IDP Eventos

XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional

ORGANIZADORES
Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

AUTORES
Antonio Anastasia, Carlos Blanco de Morais, Christian Baldus,
Claudia Lima Marques, Cleucio Santos Nunes, Dias Toffoli,
Ingo Wolfgang Sarlet, J.J. Gomes Canotilho, José Serra,
Laura Schertel Ferreira Mendes, Lenio Streck, Leonardo Papp,
Luís Carlos Silva de Moraes, Luís Roberto Barroso,
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marçal Justen Filho, Maria Lúcia Amaral,
Marion Albers, Markus Kotzur, Nuno Piçarra, Rafael Longhi, Rui Dias,
Stefan Grundmann, Teori Zavascki, Vasco Guimarães, Vivianne Ferreira Mese

Série
IDP Eventos

XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional

ORGANIZADORES
Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

AUTORES
Antonio Anastasia, Carlos Blanco de Morais, Christian Baldus,
Claudia Lima Marques, Cleucio Santos Nunes, Dias Toffoli,
Ingo Wolfgang Sarlet, J.J. Gomes Canotilho, José Serra,
Laura Schertel Ferreira Mendes, Lenio Streck, Leonardo Papp,
Luís Carlos Silva de Moraes, Luís Roberto Barroso,
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marçal Justen Filho, Maria Lúcia Amaral,
Marion Albers, Markus Kotzur, Nuno Piçarra, Rafael Longhi, Rui Dias,
Stefan Grundmann, Teori Zavascki, Vasco Guimarães, Vivianne Ferreira Mese

IDP
Brasília
2016

XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional (2. : 2015: Brasília, DF).
XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional / Organizadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília: IDP, 2016.
264p. (Série IDP Eventos)

ISBN: 978-85-65604-99-4
DOI: 10.11117/9788565604994

1. Direito Constitucional. I. Título. II. Gilmar Ferreira Mendes. III. Paulo Gustavo Gonet Branco.

CDDir 341.2

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação resulta do XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pela Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e pelo Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional (IDP), realizado nos dias 09, 10 e 11 de novembro de 2015, em Brasília.

Os textos reunidos nesta compilação são resultados das palestras proferidas no Congresso Internacional e de suas degravações, com as devidas adaptações para a linguagem formal escrita. Neste sentido, foram preservados os conteúdos pertencentes à fala dos participantes e eliminadas as marcas de informalidade, não referentes à língua padrão escrita, bem como os textos já prontamente enviados por alguns palestrantes.

SUMÁRIO

6 **Apresentação**
Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

9 **Capítulo 1**
Problemas Atuais dos Sistemas de Governo
10 José Serra
28 Manoel Gonçalves Ferreira Filho
36 Carlos Blanco de Morais
47 Nuno Piçarra

56 **Capítulo 2**
Estado, Jurisdição e Regulação
57 Dias Toffoli
67 Marçal Justen Filho
76 Teori Zavascki

87 **Capítulo 3**
Constituição, Autonomia Privada e Mercado: Proteção do Consumidor em Perspectiva Comparada
88 Claudia Lima Marques
98 Laura Schertel Ferreira Mendes
108 Vivianne Ferreira Mese

115 **Capítulo 4**
Hermenêutica Jurídica: Métodos, Desafios e Tendências
116 Luís Roberto Barroso
129 Christian Baldus
141 Rafael Longhi

148 Maria Lúcia Amaral

155 Capítulo 5
DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO: DEBATES, FRONTEIRAS E CONCEITOS
156 Stefan Grundmann
163 Rui Dias
185 Marion Albers

193 Capítulo 6
ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: COOPERATIVISMO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL
194 Luís Carlos Silva de Moraes
201 Leonardo Papp
209 Cleucio Santos Nunes

215 Capítulo 7
CRISE DE GOVERNANÇA NO PACTO FEDERATIVO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS
216 Antonio Anastasia
223 Markus Kotzur
229 Vasco Guimarães

236 Capítulo 8
ENCERRAMENTO
237 J.J. Gomes Canotilho
248 Ingo Wolfgang Sarlet
254 Lenio Streck

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes*

* Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE); Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e docente permanente da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP).

Paulo Gustavo Gonet Branco*

*Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Subprocurador-geral da República e Coordenador do Mestrado Acadêmico da EDB/IDP.

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem como uma de suas mais caras missões institucionais a realização de cooperações científicas com consagradas universidades estrangeiras e com centros de pesquisa mundialmente reconhecidos. Essas parcerias têm rendido valiosos frutos, como a publicação de importantes estudos em matéria de Direito Comparado e a organização de grandes eventos que possibilitam à Academia brasileira dialogar diretamente com a comunidade jurídica internacional.

O Congresso Internacional de Direito Constitucional representa um desses ricos espaços de intercâmbio de experiências jurídicas. Já em sua décima oitava edição, o evento reuniu em Brasília, entre os dias 9 a 11 de novembro de 2015, conceituados docentes estrangeiros, juízes de Cortes Supremas, ilustres Ministros de Estado e importantes advogados, com o intuito de discutir questões estruturantes do Constitucionalismo brasileiro Contemporâneo. A presente obra congrega os debates travados no evento, possibilitando aos leitores a contínua revisitação dos temas ali explorados.

O primeiro capítulo apresenta o discurso do senador José Serra, proferido na conferência inaugural do Congresso. Na ocasião, foram compartilhadas valiosas experiências da vida pública do senador, em depoimentos de profunda análise da história recente da economia brasileira.

O segundo capítulo reúne discussões de painel apresentado pela Vice-presidente do Tribunal Constitucional Português Maria Lúcia Amaral e pelos ilustres professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Universidade de São Paulo), Nuno Piçarra (Universidade de Nova de Lisboa) e Carlos Blanco de Morais (Universidade de Lisboa). Sob a presidência da mesa do professor da Escola de Direito de Brasília (EDP/IDP) Sérgio Antônio Ferreira Victor, o grupo enfrentou os problemas atuais dos sistemas de governo, dando ênfase às particularidades do presidencialismo brasileiro e do semi-presidencialismo português.

O terceiro capítulo do livro apresenta reflexões acerca das relações entre Estado, Jurisdição e Regulação desenvolvidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Dias Toffoli, Teori Zavaski e pelo renomado administrativista Marçal Justen Filho. Os ilustres conferencistas trataram especialmente das dificuldades de concretização dos princípios constitucionais que orientam a intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica, destacando ainda algumas das particularidades do modelo de Agências Reguladores adotado no nosso país.

O quarto capítulo, a seu turno, sintetiza os discursos das prestigiadas professoras Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS), Laura Schertel Ferreira Mendes (EDP/IDP) e Viviane Ferreira Mese (FGV Direito SP – GVLaw) sobre perspectivas

comparadas do Direito do Consumidor. O painel, presidido pelo professor Ricardo Morishita (EDP/IDP), tratou, sobretudo, da necessária interpretação da legislação de defesa do consumidor a partir do pressuposto de valorização de garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.

O quinto capítulo reproduz discussões do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Roberto Barroso, do professor da Universidade de Heidelberg Christian Baldus e do professor Rafael *Longhi* sobre as tendências da hermenêutica jurídica na contemporaneidade.

No capítulo seguinte, sexto da presente obra, são abordadas as fronteiras do Direito Privado e da Teoria Constitucional, a partir das reflexões do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ), dos professores alemães Stefan Grundmann (Universidade Humboldt de Berlim), Marion Alberns (Universidade de Hamburgo) e do professor Rui Dias (Universidade de Coimbra), em mesa que contou com a presidência da renomada professora Ana Frazão (Universidade de Brasília).

O sétimo capítulo trata, a partir de uma ótica jurídico-constitucional, das possibilidades de realização do Cooperativismo Estatal e do Desenvolvimento Social no contexto do Estado Democrático de Direito. Aqui são reportadas as análises de grandes especialistas na temática, quais sejam o ex-procurador do Banco Central do Brasil Luís Carlos Silva de Moraes, o Doutor em Direito Econômico e Socioambiental Leonardo Papp e o Vice-Presidente Jurídico da Empresa brasileira de Correiros Cleucio Santos Nunes.

O penúltimo capítulo reflete as avaliações do experiente senador Antônio Anastasia e dos conceituados professores Markus Kotzur (Universidade de Hamburgo) e Vasco Guimarães (Universidade de Lisboa) sobre as possibilidades de superação de crises de governança que acometem nosso pacto federativo.

Por fim, o nono capítulo apresenta um balanço final dos trabalhos realizados no Congresso, a partir das considerações dos festejados professores J. J. Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra), Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul) e Lênio Streck (Universidade Valor do Rio dos Sinos).

Todas essas discussões tornam-se perenes com a publicação da presente obra pela Série IDP/Eventos. Espera-se que os debates aqui alinhavados inspirem os leitores a repensar os fundamentos do nosso Direito Constitucional e a enfrentar os desafios jurídicos atualmente postos ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Boa leitura a todos.

1
PROBLEMAS ATUAIS DOS SISTEMAS DE GOVERNO

Cumprimento o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, o subprocurador geral da república e coordenador do curso de mestrado do IDP, Paulo Gonet, a diretora geral do IDP, Dalide Corrêa, Fátima Cartaxo, Diretora Acadêmica da Escola da Direito do IDP, Ivan Camargo, magnífico Reitor da UNB, saúdo, também, José Medeiros, meu colega senador aqui presente.

A ideia heterodoxa do convite para que eu fizesse a abertura deste congresso partiu do Ministro Gilmar Mendes e, por esta razão, não posso deixar de fazer uma abertura heterodoxa neste encontro de juristas como economistas. Penso, aliás, que tenho vocação para transgredir, porque, no Brasil, estudei engenharia, e só estudei economia no exterior; apesar de meu diploma ter sido aceito pela UNICAMP, não sou filiado à ordem dos economistas nem ao sindicato, e fui ministro da saúde sem saber a diferença entre vírus, bactéria, micróbio, vermes etc; aprendo circunstancialmente, mas esqueço no momento seguinte.

Pretendo fazer um balanço dos 30 anos da democratização no Brasil e, em seguida, dizer algo a respeito da fase recente da própria Constituição. A democracia no Brasil completa 30 anos, período mais longo de sua história, verdadeiramente, o mais longo período de democracias de massa, sem a presença do fator militar na política, presença dominante na República Velha, que sucedeu a proclamação, no império e na implantação da república pós-império; esteve muito presente, também, na democracia de 1946 – 18 anos de fase democrática vividos após a Segunda Guerra Mundial e um período de intensa instabilidade política.

Na República Velha, o voto não era universal, o voto das mulheres chegou tardiamente, o voto de analfabeto não existia, o processo eleitoral era claramente dirigido; posterior à Revolução de 30, houve o restabelecimento da Ditadura, a Ditadura do Estado Novo, de 37, 45; na fase pós 46, com a Constituição de 46, houve, realmente, um bom experimento de democracia, mas com as restrições já conhecidas por todos. Para se ter uma ideia, apenas no Governo Vargas, que foi eleito em 1950, ditador no Estado Novo, mas eleito por eleição direta naquele período; houve o suicídio do próprio Getúlio, que teria tido lugar um Golpe Militar para depô-lo, caso não tivesse acontecido a tragédia. Houve um período de intervenção militar com o chamado Golpe Democrático do General Lott, ministro de guerra do sucessor do vice-presidente que assumiu o governo, Café Filho; acusado de conspiração, deixa o governo para o presidente da câmara, Carlos Luz, em uma conspiração para impedir a posse do Presidente Juscelino Kubitschek que havia sido eleito.

O General Lott, portanto, depôs o vice-presidente, o presidente da câmara, assumiu o presidente do senado, que deu posse ao Juscelino, que enfrentou pelo menos duas tentativas de insubordinação militar durante o seu governo. Posteriormente, aconteceu a tentativa de golpe do presidente Jânio Quadros que, após sete meses de mandato, renunciou. Na verdade,

uma tentativa de um golpe, eu diria, "golista", estilo *de Gaulle* de Matogrosso, sem qualquer desmerecimento ao Matogrosso, mas à época, o presidente *de Gaulle* na França, tendo assumido a presidência, reformou a Constituição, fez plebiscito e fortaleceu muito seus poderes, provavelmente, a tentativa era esta, mas por uma via mais heterodoxa. O período posterior à renúncia de Jânio Quadros foi marcado por uma instabilidade completa, que culminou no golpe de 64.

Em linhas gerais, esta foi a história da fase das intervenções militares. Após o encerramento do último governo militar, não houve nenhum fator de estabilidade de natureza democrática, por isso, os 30 anos de democracia devem ser comemorados porque foi uma conquista auspiciosa, com diminuição das desigualdades sociais, bons resultados nos serviços sociais de ocupação e de saúde, com o aumento na expectativa de vida média da população, excelentes indicadores com relação à educação. Houve, de fato, duas grandes e importantes conquistas nesses 30 anos: a vitória sobre a superinflação, definida no Brasil como uma inflação de mais de três dígitos para cima ao ano – e ela esteve presente na economia brasileira por longos 15 anos, foi a mais prolongada do século XX.

Quando este vício parecia impossível de se desfazer, houve uma reversão, que bem ou mal se sustenta até hoje, que é uma inflação anual de 10%. Naquela época, uma inflação neste mesmo valor ao mês seria considerada moderada. Vencer o fantasma da superinflação foi uma grande conquista, seguida pelo crescimento da agricultura, do agronegócio, da agropecuária – setor que se formou como altamente competitivo, que incorporou novas áreas, colonizadas pelos gaúchos. Na prática, do interior da Bahia às beiradas da região amazônica, Mato Grosso, Rondônia foram as áreas em que a agricultura competitiva se firmou, inclusive, internacionalmente, esta foi a ideia da reforma agrária com fator de desenvolvimento econômico.

Este, aliás, era um dos mitos existentes ao longo dos anos 50 e 60 – que para desenvolver-se, o Brasil precisava de uma reforma agrária, porque o latifúndio improdutivo supunha uma oferta inelástica de alimentos e que o processo de urbanização anunciava uma inflação agrícola crônica. Esta era uma ideia absolutamente generalizada, e que movia toda a esquerda brasileira. Mas, mesmo sem a reforma agrária, a agricultura se modernizou ao longo dessas décadas; na verdade, ela passou a ser programa de redistribuição de renda, ou melhor dizendo, redistribuir um patrimônio caríssimo sem qualquer efeito do ponto de vista produtivo.

Ao mesmo tempo em que aconteciam estas coisas boas nestas décadas de democracia, houve duas grandes frustações, a primeira realmente impressionante foi a semi-estagnação da economia, para se ter uma ideia, convém apresentar em números este processo, a economia brasileira das últimas décadas do século passado, do século retrasado, estava entre as dez mais

dinâmicas do mundo, disputando primazia com o Japão, com a Alemanha e com os Estados Unidos. Sem querer ser tecnocrata, convém informar que as origens do subdesenvolvimento brasileiro remontam ao século XIX, porque na dobrada do século XVIII para o XIX, Estados Unidos e Brasil tinham um nível de desenvolvimento material bem parecido. Um século depois, a posição era completamente adversa. Desde então, até 1980, houve um crescimento brasileiro maior que o norte-americano, mas mesmo assim, não se superou esta diferença.

É inegável que as origens do subdesenvolvimento brasileiro encontram raízes no Império, mas as mudanças ocorridas ao longo dos séculos foram fundamentais para que ele acentuasse. Veja bem, de 1950 a 1980, a taxa de crescimento do PIB ficou em torno dos 3,7, ou seja, multiplicou-se em 4 vezes o PIB por habitante; que é o que importa, pois é errado comparar o PIB sozinho, principalmente, num país que teve uma variação demográfica enorme, como é o caso do Brasil. Hoje a população cresce a menos de um. Mas deflacionado, portanto, pela população, o PIB per capita, de 50 a 80, aumentou 3,7 vezes mais; isto dá um aumento de, aproximadamente, 270%. Dando um salto de cinco anos, de 80 a 85, a economia dá uma estagnada, mas de 85 a 2015 – os 30 anos da democracia – o PIB cresceu 1,4 vezes, ou seja, 40%; o que seria uma trajetória brilhante passou para uma trajetória medíocre, que se prolongou de maneira muito perversa no período mais recente.

Nos últimos cinco anos, percebeu-se a estagnação do PIB por habitante, esta foi uma frustação imensa que, no futuro, exigirá muito da população para ser vencida ou para que não se prolongue. De fato, o que houve nesta fase democrática foi o domínio da superinflação, que é incompatível com o crescimento, porque ela elimina o cálculo econômico e desvirtua, inteiramente, o sentido da atividade econômica. A título de exemplo, os supermercados brasileiros viviam de comprar a prazo e vender à vista, os planos de saúde também foram organizados por causa da superinflação, porque havia o truque de se receber mensalmente e pagar o hospital com a defasagem.

Claro que um processo como este implica uma série de distorções, e isto durante quinze anos; no começo dos anos 80, por exemplo, o crescimento foi praticamente inviável, o que não significa, é lógico, ficar parado, não fazer nada. Os planos de estabilização foram sucessivamente fracassando, houve tentativa com o Plano Cruzado, depois o Novo Cruzado, depois o Plano Verão, Plano Collor, Plano Collor II e por aí afora. O resultado razoável não aparecia, terminava sempre pior do que o ponto de partida. Lembro que, nesta época, fui a um seminário no Chile com professores norte-americanos ligados no geral, mas também nas questões do desenvolvimento da América Latina, que me pediram uma explicação de o porquê de os planos não funcionarem.

Fiz alguns raciocínios, dentre eles as restrições externas, mas disse também que o plano enésimo não funcionou

porque o plano N-1 não funcionara, o N-2 também, ou seja, o fracasso de um plano conduzirá, fatalmente, ao fracasso do subsequente, porque um tipo de estabilização precisa muito da confiança das pessoas em que vai acontecer; quando a inflação é muito alta, ela é meio redundante. É como estar em um estádio de futebol, em que, se a pessoa da frente fica em pé, a de trás ficará também e, de repente, todos estarão assistindo ao jogo em pé. Quando era criança, lembro bem dos jogos no Pacaembu, metade do estádio não havia banco, eram as gerais, as escadas eram de cimento e todo mundo assistia ao jugo em pé, mas por que em pé? Porque o da frente fica em pé, o outro atrás também e, enfim, todos assistiam em pé. Agora, se chegasse uma voz e falasse para que todo mundo se sentasse, todo mundo acreditaria e se sentaria. Pela lógica, se viesse uma voz do Estado e dissesse para todo mundo acreditar que tudo ficaria melhor, todos acreditariam, mas ninguém fazia isto.

Cheguei, à época, a fazer um paralelo, uma inflação de mil, dois mil, três mil por cento ao ano tem uma margem de redundância completa, porque todo mundo reajusta. Esta é chamada inércia da inflação, mas seria preciso uma voz de credibilidade que dissesse para todo mundo parar, se sentar que as coisas melhorariam, a sociedade precisa estar convicta de que tudo dará certo, porque não teria de levantar de novo. Era mais ou menos o que acontecia com um plano atrás do outro. Usarei o exemplo dos casamentos da Elisabeth Taylor, o ministro Gilmar Mendes deve se lembrar dela, para ilustrar tudo isto. Ela tinha uma mania de casamentos, era um atrás do outro, muito difícil de se estabilizar; como ela está no nono casamento, todo mundo fica cético se dará certo. Isto é mais ou menos o que acontece com o plano de estabilização.

Contrariando todas as expectativas, o Plano real deu certo, de uma maneira implausível, até por que era um ano eleitoral, mas acabou dando certo quando o então ministro da fazenda Fernando Henrique Cardoso montou uma equipe e montou uma estratégia que deu certo. Eu achava que não pertencia à equipe porque era parlamentar e candidato ao senado nesta época. Participei das etapas iniciais, ainda em 93, mas achava que não fosse dar certo, aliás, esta era a visão da maioria da equipe econômica, no entanto, aconteceu, deu certo, foi uma conquista que se manteve, criou-se uma outra cultura no Brasil que afastou o pavor do galope da superinflação.

O plano real não deu certo, porque um ambiente pouco favorável à dinamização do crescimento se instalara no país, a taxa de câmbio, ou seja, a relação real x dólar permaneceu muito valorizada, o que atrapalha as exportações e aumenta as importações; o dólar ficou muito barato. Tudo isto, em parte, foi pelo receio de que a superinflação voltasse; não houve cuidado exagerado em algumas áreas, mas o fato é que a economia passou a ter um processo de ordenamento e teve um processo de euforia a partir da eleição de Lula.

Uma análise no período de Fernando Henrique prova que, além do receio da superinflação, houve deterioração das relações de troca, ou seja, comparados às importações, os preços das exportações brasileiras declinaram, muitas crises externas: México, Sudeste Asiático, Rússia e, por último, Argentina provocaram correrias; um ambiente internacional muito adverso.

Na eleição de Lula, tudo mudou. Ele recebeu a economia com o câmbio hiper desvalorizado pelo próprio Lula, porque, como o pessoal tinha medo que viesse a ser presidente, a taxa de câmbio sofreu uma imensa depreciação. Oras, nada melhor para um presidente do que receber a economia com uma taxa bem desvalorizada, pois teria margem para valorizar um pouquinho e ajudar a conter a inflação que virá. As melhoras de preço foram as mais espetaculares do que se tem na memória, foi a melhor em mais de um século. Para se ter uma ideia, de 2002 a 2008, o país ganhou cem bilhões de dólares a mais em decorrência da melhora de preços das exportações, comparadas às importações. Apesar de tudo isto, não se montou, não se organizou um crescimento sustentável, porque todo este recurso foi torrado em consumo, consumo compartindo com a nossa produção doméstica e em turismo, basta dizer que o turismo externo do Brasil cresceu de tal maneira que o déficit de turismo se aproxima de 1% doo PIB a cada ano, isto significa 60 bilhões de reais colocados para fora a cada ano ao longo deste período. Em última análise, todo o dinheiro foi torrado em consumo, o que foi eficaz do ponto de vista eleitoral, mas quanto à ordem política não foi muito bom, porque a Constituinte trouxe um sério revés.

A Constituinte, que teve início em 87, congelou o que havia de pior no sistema político brasileiro anterior, porque constitucionalizou várias coisas que não eram constitucionalizadas: o regime presidencialista, o sistema eleitoral tal como se conhece, mas exagerado no desrespeito à democracia, que é o *One man, one vote*, pelo menos no âmbito da câmara dos deputados que aumentou ainda mais as distorções existentes na representação de deputados da câmara federal, e congelou o presidencialismo, o sistema eleitoral proporcional; o estado de São Paulo, exemplo mais radical, possui 30 milhões de eleitores e elege 70 deputados federais, mais de mil fazem campanha junto à população e obtêm votos espalhados por todos os municípios e cada integrante de partido concorre com seu colega de partido; uma aberração do ponto de vista do controle financeiro, o exagero no gasto de um lado e a fragilização dos partidos do outro, porque sempre se considera que os partidos fortes são importantes do ponto de vista da democracia – cravado de uma maneira muito perversa pela Constituição.

Na verdade, a grande vilã disto tudo foi a tentativa de se instalar o Parlamentarismo. Aqueles que eram parlamentaristas tiveram uma enorme responsabilidade em função disto, porque a maioria da constituinte era pró- parlamentarismo. Acontece que houve uma

mistura disto com a duração do mandato do presidente Sarney, que tinha assumido em decorrência da morte de Tancredo Neves, do PFL. Sarney era o presidente da ARENA, partido do regime militar, que depois virou PDS; houve uma divisão neste partido, em 85, criou-se uma dissidência para apoiar Tancredo Neves, candidato indireto também da oposição. Criou-se então, o PLF, Partido da Frente Liberal, dissidente do partido do regime. Nesta divisão, o que aconteceu foi que José Sarney foi ser vice do Tancredo, embora não pudesse ingressar no PFL, devido ao risco de perder o mandato, ser impugnado etc. Entrou, então, no PMDB como vice da oposição.

Assim aconteceu a abertura do processo democrático, a partir de um presidente vindo de um partido de regime militar, o que não significa que ele não tenha conduzido o processo com a responsabilidade possível, mas apenas para mostrar uma singularidade na questão brasileira, pois o mandato do presidente Sarney pela constituição anterior vigente seria de seis anos, ele queria cinco e a oposição, quatro, porque estava com a constituinte nas mãos, ou pelo menos tinha peso nesta discussão intransigente. Sarney chegou a prometer apoio ao parlamentarismo, caso o mandato de cinco anos fosse aprovado, mas a oposição não aceitou. Na prática, ele derrotou o parlamentarismo, embora fosse parlamentarista.

Fato é que as questões que pesaram nesta época foram aquelas ligadas à democracia, de um lado a tendência à estagnação econômica e do outro, a cristalização de um péssimo sistema político e eleitoral que, naturalmente, gera forças destinadas a preservar. Óbvio que nenhum deputado quer mudar o sistema eleitoral caso pressinta o perigo de não ser eleito. Recordo de uma conversa entre mim e Ulisses Guimarães, em determinado momento, ele me perguntou o que achava do Congresso, respondi que ali havia uma coisa extraordinária, cinco bandeiras imaculadas, entidades que são consagradas; que ninguém poderia chegar à tribuna dizendo algo que pudesse ferir um centímetro do organismo; Jesus Cristo, municípios, crianças, mulheres e velhinhos eram as coisas mais sagradas e na tribuna faz-se qualquer coisa em função disto, mas a reeleição figura como anterior e superior a essas coisas. O que mais me impressionou no dia da posse dos deputados foi que estavam preocupados com a reeleição dali a quatro anos. Imagina que mudar a regra do jogo eleitoral e tudo o mais neste contexto é quase impossível. Acredito que a Constituinte não teria sido tão difícil pelas características que teve todo o processo

Em relação à Constituição, há uma tese agora e que está sendo popularizada, e isto me incomoda, porque quando uma ideia se estabelece, o normal é a simplificação. Sou do pensamento que o Brasil não se desenvolve devido às amarras da Constituição, acho que é um elemento que pesa, mas não explica tudo, de forma nenhuma. Quais seriam os defeitos da Constituição, primeiro, ela é uma das mais prolixas do mundo, isto é por demais brasileiro, li-

gados a isto existem dois fatores decisivos: primeiro, a pré-queda do muro de Berlim e o pensamento progressista da esquerda – baseado nos três pilares fundamentais trazidos pelos anos 60: reforma agrária, com a visão ingênua, porém consagrada, para baratear alimentos, a presença grande do estado na economia crescente, pois o Brasil foi o país socialista que, junto com a Índia, foi o país que mais avançou na atividade econômica, não apenas na regulação, mas como produtor também, mais estado e menos capital estrangeiro, este era o lema da esquerda que influenciou partidos como MDB, PMDB etc; segundo, a herança do autoritarismo, veja bem, a característica de mobilização da Constituinte começou no regime militar de 70, a luta pela constituinte aparecia como solução, vendeu-se o projeto. Acredito eu que o presidente Tancredo Neves não teria convocado uma constituinte, como coordenador do programa de governo – e bem o sabe o ministro Gilmar Mende - convivi intensamente com ele e afirmo que ele não teria feito a constituinte como ela foi convocada.

Contrariamente ao sucedido, Tancredo teria feito uma comissão para reformar e democratizar a constituição vigente, mas com Sarney, inclusive por sua necessidade de afirmação e tudo o mais, foi convocada uma constituinte a partir do zero quilômetro. A prolixidade, agora, esteve ali ligada a outro fator, que era fixar, ter na Constituição as regras do jogo apenas, mas o resultado da partida, ou seja, a Constituição ditando regras e dizendo quanto será, esta era a tendência dominante. Houve até um parlamentar gaúcho, que se elegeu senador, João Paulo Bisol que, inclusive, fez uma apresentação sustentando este ponto de vista.

O engraçado é que, por mais que você seja crítico, e acredito eu ter sido o mais crítico de toda a constituinte, é interessante ver alguém, mesmo ingenuamente, demonstrando a tese de que os problemas seriam resolvidos quanto mais detalhista fosse a constituição, e a visão do senador permaneceu, não por ele, mas porque correspondia à expectativa da maioria dos constituintes sem diferenciação de esquerda ou de direita. Agora, do ponto de vista da economia, a nova Constituição procurou reforçar monopólios públicos como, por exemplo, telecomunicação e petróleo, acabar com o sistema financeiro – que não aconteceu só porque eu era o relator do capítulo de orçamento, tributação e finanças, apesar da vontade geral, expulsar os bancos estrangeiros, fixar taxas de juros em 12% como teto, proibir bancos nacionais, só haveria os estatuais e tudo o mais, coisas que foram derrotadas ao longo do processo, mas uma delas que ganhou no final de novo, que foi o teto da taxa de juros de 12%, o que me pareceu uma maluquice.

A economia brasileira virou dominante visão econômica a partir do sistema financeiro, mas realmente é uma maluquice fixar uma taxa de juros teto na Constituição, não há cabimento, até porque não se consegue medir a taxa de juros real, como vai se medir? Pode-se ficar anos, fico a imaginar o Su-

premo debatendo o critério de deflação para se saber qual a taxa de juros de 12%. Fato é que a Constituição avançou, mais nessa direção, na área de direitos sociais e também nas linhas de que o resultado da partida tem de estar fixado; sei que é difícil imaginar o trabalho que deu impedir que houvesse aprovação da estabilidade absoluta na área privada, pode parecer brincadeira dizer isto hoje, mas era uma tendência dominante na constituinte.

Cabe esclarecer que a constituinte não foi uma bandeira de esquerda, o método de trabalho parlamentar, afirmo isso a posteriori porque não tinha muita experiência em trabalho parlamentar, de modo que nunca me opus a que fizessem isso, a constituinte se organizou a partir de uma ideia de uma comissão de sistematização, em torno de 80 e 90 parlamentares que iriam preparar um texto da carta que depois seria votado por todos. Claro que isto discriminou os quatrocentos e tantos parlamentares constituintes que ficaram de fora e foram se organizando, e organizaram, os partidos deles o chamado centrão. O nascimento do centrão veio daí, supostamente, seria uma tendência mais centro direita da constituinte, enquanto a sistematização, formada basicamente pelo PMDB e cujo líder era Mário Covas, seria centro esquerda; os dois se digladiaram, mas o projeto do centrão derrubou o da sistematização; logo que terminou o da sistematização foi para o plenário, eles derrubaram e puseram o do centrão, mas o do centrão gastava, era muito mais pródigo do ponto de vista de direitos soaiais e de gasto do que o da sistematização, é interessante isto.

Tudo isto nos leva ao que chamarei de FUCE, Frente Única Contra o Erário, fundada na constituinte, ela pega todo o espectro partidário da esquerda e da direita, aqui cabe uma ressalva sobre o Brasil não possuir forças políticas conservadoras, pois aqui, aquilo que é conservador é atrasado – diferenciação feita por Sérgio Buarque de Holanda. Mas a direita do Brasil é muito atrasada, é tão ou mais gastadora do que a esquerda; esgotadas as palavras de ordem pré-muro de Berlim, ela não tem nada a ver com o povo, figura basicamente como representante das corporações de interesses salariais, que esfolam a população brasileira. É muito interessante esta divisão esquerda direita no Brasil de hoje, e eles se aliam quando?

No congresso com a Fuce, a Fuce está lá, e a Fuce chega também ao judiciário, chega a todos os poderes da república, um pouco menos do executivo, porque o executivo tem que administrar, então sempre tende a ser bem ou mal, em qualquer circunstância um fator um pouco mais de freio, embora durante os anos Lula tenha sido também; o Lula inscreveu o executivo no Fuce também durante alguns anos, então isso é um problema gravíssimo, agora, não pelo que está na Constituição apenas, isso é outro fenômeno. Se pegar, por exemplo, o governo Lula 2002 e o governo Dilma, o gasto público cresceu 100% mais do que o PIB, doeu na economia; isso não foi só por causa da Constituição, é porque houve polí-

ticas pródigas de verdade ao gastar; a questão está em achar de onde vem o gasto, ele vem de muitas maneiras, a Constituição está por trás de alguns, um foi que o menor benefício de prestação continuada deveria ser o salário mínimo, que implicou duplicar imediatamente, porque aquele Funrural que era aposentadoria rural era meio salário mínimo, já passou para um, e aí o salário mínimo se valorizou 100% do governo Fernando Henrique ao governo Lula.

O governo Fernando Henrique foi de um dinamismo incrível em relação a aumentar o mínimo, isso indexando, naturalmente, a base da previdência e os benefícios menores por todo canto, isso aconteceu, mas, por outro lado outra fonte poderosa da qual nos fala muito é a fonte funcionalismo, as isonomias, as escalas, e nisso o poder judiciário é a alavanca de tudo. Hoje, aliás, a grande meta de qualquer setor do funcionalismo é vincular o seu salário ao supremo, daqui a pouco isso vai indo categoria por categoria e vai chegar ao agente penitenciário, que é mais ou menos o farol que orienta a economia e as pressões, não é só pela base que a Constituição pode dar, mas é também pela dinâmica política; ao mesmo tempo há a questão da previdência, o aspecto mais grave vocês podem achar incrível isso não é do INSS, é da previdência pública, o déficit é maior inclusive, ela é integral, melhorou alguma coisa do ponto de vista da idade de aposentadoria, mas essas transições sempre são demoradas pelos chamados direitos adquiridos.

Por outro lado, há dispositivos na Constituição muito bons em relação à questão do gasto público que, simplesmente, são transgredidos. Em razão disto, alguém podia até entrar no supremo, porque a Constituição proíbe que as operações de crédito previstas no orçamento ultrapassem as despesas de capital, é uma medida altamente austera, ou seja, o endividamento do governo pode chegar no máximo ao equivalente investido, ou seja, ele só pode ser feito para investir, não pode ser feito para custeio, e isso é absolutamente desrespeitado, basta pegar o orçamento para o ano que vem, o artigo 167, inciso 3 da Constituição diz: A realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capitais são proibidas reservadas às autoridades mediante créditos suplementares especiais com finalidade precisa, aprovados pelo legislativo com maioria absoluto.

No orçamento encaminhado ao congresso pelo governo há um buraco nesse quesito, neste ano, de 45 bilhões, só para se ter uma ideia o governo está desrespeitando a Constituição. A Constituição nesse ponto é restritiva, manda estabelecer teto para o endividamento de estados, dos municípios e dos governos estaduais, existe para estados, existe para municípios. Apresentei agora, mas isso está muito atrasado, uma emenda, ou melhor, um relatório, porque não é emenda constitucional, estabelecendo teto, o Ministro Levy e a secretaria do tesouro foram os únicos contrários. É muito interessante raciocinar quando analisamos o que a Cons-

tituição diz em matéria de gastos, a figura da LDO e do plano plurianual foi criada por mim na constituinte, a lei de diretrizes orçamentárias é solenemente desrespeitada a cada ano, basta dizer que não foi votada até agora neste ano, ela tinha que ter sido aprovada até final de junho, vocês imaginam, não foi votada, ela que daria os parâmetros do orçamento, o supremo, o judiciário nem o legislativo não tem autonomia financeira e orçamentária, eu sei porque eu que redigi essa parte de negociação com os poderes.

Para ser sincero, não era com Ulisses, era com o diretor da câmara, porque por ele ia atrás de mim; mas o Paulo Afonso e o Ademar Sabino não deixavam, representavam a corporação; do judiciário, eu não me lembro quem era, veio até o presidente do supremo, nós fizemos um acordo e disse que haveria um entendimento entre os três poderes, na LDO. Mas a autonomia não era cravada, de forma nenhuma, sou contra qualquer poder ter autonomia orçamentária, isso é uma aberração, porque vai um poder, cria despesas e de onde vem o dinheiro, tem do orçamento; há de haver outros critérios para se levar em conta.

Claro está que a Constituição não é toda torta, bastaria ser cumprida nesse aspecto, por exemplo, não permite que parlamentar crie despesas sem fonte de receita, não permite mexer na receita, mas aí entraram, eu me penitencio até hoje, os malditos erros e as omissões. Mozart, discípulo do Paulo Afonso, deve se lembrar da minha batalha permanente em relação a isto, mas fato é que o congresso passou erros e omissões. Ele pega a receita e diz que houve erro e omissão, não devia ter incluído isso; claro, pode ter erro e omissão, mas seria melhor não ter posto, porque a cada ano, cada vez inventa-se receita e o processo vai adiante.

O que quero deixar claro com isso é que a Constituição não é boa do ponto de vista do desenvolvimento, mas possui coisas que permitiriam, sem dúvida nenhuma, se bem aplicada, segurar as pontas; mas ela também não é cumprida, porque esse é um debate intenso que vem sendo travado e muitos economistas escrevem artigos dizendo que o problema é a Constituição, dá ideia de que se ela mudar tudo ficará resolvido. Isto não é tão simples assim, ademais, quero chamar a atenção para esses aspectos: onde a prodigalidade da Constituição foi mais forte do ponto de vista de gastos? Foi em matéria, evidentemente, de direitos sociais, em matéria de funcionalismo, lembro até que foi dada estabilidade para todos os funcionários sem concurso com mais de cinco anos de serviço, a matéria de tornar o setor público rígido foi uma devastação, agora, sempre com o centrão à frente, diga-se de passagem. O autor do abono de férias é o Gastone Righi, próximo do centrão; a multa do fundo de garantia foi do Luís Roberto Pontes, empresário e empreiteiro médio do Rio Grande do Sul. Não foram conquistas do PT, foram do centrão, claro que, naturalmente, todos se mobilizaram, a maioria da constituinte era sensível, agora, por outro lado a questão federalista

que foi um fator de despesas imenso pelo forte aumento da redistribuição de fundos de participação FPE e FPM praticamente duplicou; isso porque eu era o relator, se não tivesse sido eu o relator, teria triplicado, porque na vida parlamentar a gente tem que fazer acordos, e vai procurando sempre lutar pelas suas posições, mas não pode ser intransigente sob pena de a situação ficar pior ainda.

Isto teve um impacto enorme do ponto de vista das finanças federais, porque o IR e o IPI terminaram sendo divididos aproximadamente a metade para estados e municípios; como era previsível, o governo federal foi pegar as receitas não vinculadas da área de contribuições sociais e turbina-las, porque aí o aumento é 100% para ele. Quando estava no governo, lembro que a conta era esta: aumentou imposto de renda, só fica metade, aumentar a contribuição sobre os lucros fica 100%; a solução é aumentar a contribuição sobre os lucros. Fiz questão da proibição, pois, a criação de impostos cumulativos em cadeia só podia ter imposto ao valor adicionado, mas as contribuições ficaram soltas. A emenda sobre faturamento foi aprovada na constituinte, aumentaram, então, o PIS, o COFINS; grande parte das distorções vieram desta redistribuição exagerada no início; agora, evidentemente, as isonomias são direitos adquiridos.

Hoje no congresso, o passatempo maior é o pessoal querendo criar carreira tal, a carreira tal, para se ter uma ideia, querem criar a profissão de cuidadores, de salvadores de afogamento, salva vidas, inclusive estabelecendo quantos deve ter por metro quadrado de água, tudo isto em razão da isonomia; não implica gastos, é somente a profissão, mas existe parlamentar achando que vai se reeleger por causa disso, e aí em seguida todo mundo vai a favor porque não é contra. Imediatamente, vem a questão salarial, porque um servidor do judiciário entra com um salário de 24 mil, mas o que ele possui de melhor que um engenheiro recém-formado, um dentista ou um médico? Este mecanismo infernal, diabólico perpassa toda a atividade legislativa, independendo das bombas fiscais que, caso sejam aprovadas, o mal será perene. Claro está que este é um ingrediente da crise econômica atual do país.

Indubitavelmente, a fonte dessas isonomias, a defesa por trás cabe ao PT, porque a maioria dos sindicatos, o PT basicamente é um partido da área pública, pegando a CUT, a maior parte é tudo servidor público, com algumas exceções de sindicatos ou estatais e uma minoria na área especificamente privada. Agora, o que aconteceu a partir da era petista, é que o partido no poder se tornou claramente reacionário devido a dois componentes: o patrimonialismo - é o governo é propriedade privada, o estado característico da formação do Brasil e vem desde as capitanias, do império, e perpassou toda a vida republicana; mas eles inauguraram outro tipo de patrimonialismo, o patrimonialismo de porte, ou seja, sindicalista ou bolchevique; em 2003, o PT era o bolchevismo sem utopia, ou seja, a disciplina de um partido bolche-

vique sem nenhuma utopia, igualdade, isso ou aquilo, que bem ou mal era o sonho do comunismo, isso não tem importância nenhuma, mas a questão partidária tem e explica muitas coisas que vieram a acontecer.

Naturalmente, a submissão da máquina do estado de uma maneira ampla, geral e irrestrita à manipulação eleitoral produziu recursos, não que isso não houvesse na vida brasileira, é diferente de transformar-se num método de governo, em cada área diante de cada iniciativa; e afirmo isto porque eu era líder do PSDB na câmara e nós trabalhamos junto com o PT na época do governo Collor; eu encarava o PT como o partido da ética, sinceramente, a novidade foi quando eles tomaram o poder, e isso teve um peso na vida brasileira da ideia do Deus morreu, quase tudo, porque se o foco da ética se revela de um patrimonialismo renovado e de uma corrupção como método de governo Deus morreu, isso é sinal livre para todo mundo, de alguma maneira, isso teve uma importância enorme na vida brasileira até hoje, e uma certa ideia que se vendeu ao Brasil, eu diria assim, a economia é uma espécie de clara de ovo, a gente pega o garfo, vai batendo, e vai crescendo, eu diria o seguinte, é uma espécie de filosofia que foi vendida, ninguém melhor do que o Lula para vender essa ideia, é a filosofia do emagreça comendo, faça ginástica deitado e aprenda inglês dormindo, isso é o que foi vendido ao Brasil. Fui duas vezes candidato a presidente, essa máxima minha vem de antes, mas os marqueteiros nunca me deixaram dizer pela televisão, porque senão perderia voto; claro, o outro está dizendo que era essa sua filosofia, que parece acontecer por causa do mundo externo e, de repente, você vai dizer o contrário, mas isso é muito importante para entender as coisas que aconteceram, inclusive com a economia.

Outra abordagem importantíssima é que no governo não se enfrenta interesses, eles não enfrentam interesses, a filosofia petista de governar é não enfrentar interesses, não tem prioridade, tudo é prioritário, o tudo é harmônico, todo mundo sai ganhando tudo ao mesmo tempo, eles jamais fariam uma política como nós fizemos na saúde, brigando com laboratório, brigando com empresas de publicidade, com fábrica de cigarros, com os Estados Unidos, que são choques de interesses legítimos, e tem interesses opostos, faz parte, mas não faz parte do governo, a política, a economia é uma clara de ovo, a filosofia é aquela, portanto, todo mundo vai sendo acomodado. Muitas vezes o Lula contando vantagem que nunca o sistema financeiro ganhou tanto dinheiro quanto na época dele, não há defesa, não se governa confrontando interesses, parece um paradoxo porque o discurso é outra coisa, mas eu digo do ponto de vista governamental propriamente dito.

A última questão é a concepção de governo como um curso de graduação, ou pós-graduação, um supletivo, vai-se ao governo, não é para governar, para marcar posição e aprender, então vai aprendendo, não vai ao governo para já fazer, não tem uma ideia de gover-

no, para aprender, e em seguida além de não se contrariar interesses naturalmente não se sabe o que fazer, e a inépcia tem um peso, a meu ver crítico na vida brasileira de hoje, porque tudo convergiu para um governo Dilma, que evidentemente, teve muita responsabilidade com relação ao governo Lula dois; ao tempo a herança que recebeu do governo Lula foi terrível como, por exemplo, o câmbio subvalorizado, existiria desgraça pior que superdesvalorizado? Claro que é ter um câmbio valorizado. A concepção de governo como um curso de graduação, ou pós-graduação, um supletivo, vai-se ao governo não para governar, mas para marcar posição e aprender; então vai aprendendo, não vai ao governo para já fazer, não tem uma ideia de governo, para aprender, e em seguida além de não contrariar interesses, naturalmente não se sabe o que fazer.

Sem investimento em infraestrutura o custo Brasil vai para as nuvens, o Brasil tem um custo de 25% comparativamente aos nossos parceiros comerciais devido à carga tributária, à deficiência de infraestrutura, ao custo financeiro etc , que tira a competitividade; sem falar na questão do câmbio, receber o país sem investimentos em infraestrutura, que a própria Dilma não quis fazer quando quis regulamentar a taxa de lucro dos investidores em concessões ou parcerias público privadas, ou seja, se você tiver um lucro mais adiante tem que me dar, que é a própria negação do capitalismo, você faz regras iniciais, prevê um lucro; agora, se o sujeito inovar e fizer alguma coisa, sorte a dele, e eles bloquearam as concessões por causa disso, porque queriam regulamentar a taxa de lucro com muito detalhe mais adiante e tal, mas não houve investimento em infraestrutura, custo Brasil para cima, câmbio mega valorizado, indústria para baixo, foi uma nova etapa da desindustrialização que voltou, vocês podem acreditar ao nível do após guerra de 46/47; a sua fração, a sua participação no PIB caiu de vinte e tantos por cento para treze, quatorze, desindustrializou o Brasil, agora tudo, vejam bem, eu não quero me aprofundar mais na questão econômica, eu vou voltar ainda a questão da Constituição, mas é uma coisa extraordinária, naquele boom externo tremendo, houve a crise mundial, na crise mundial, em 2008 todas as taxas de juros foram para o chão, mas o Brasil não mexeu na sua, portanto, a diferença para o exterior que já era a maior do mundo, aumentou.

Era o caos instalado: os capitais, não tendo nada para fazer na Europa, Estados Unidos, no Japão, o Brasil com essa taxa de juros gigantesca, o dinheiro veio para cá, mas o comércio exterior, então nos afogávamos em divisas porque começou a entrar dinheiro, o câmbio valorizou chegando a R$ 1,06 reais o dólar, imagina, uma inflação de 200%, uma desvalorização cambial de 60, vocês imaginam sobrevalorização, turismo para cima, turismo no exterior e importação de produtos chineses com correntes com a indústria brasileira que foi liquidada por aí, tudo isso foi a farra, porque o consumo foi para as nuvens, mas o país não tinha inves-

timento, estava fadado a uma estagnação de receitas que caindo a indústria, o que gera imposto é indústria.

Veio o governo Dilma fazendo lobby, o mesmo estilo, só que o boom internacional foi minguando, o que era previsível, a indústria não investiu, fizeram uma desoneração que custou 100 bilhões; para o industrial está ótimo, só que ele não investe, o sujeito investe pelo case, o investimento depende da rentabilidade esperada, não depende de ter dinheiro, depende da rentabilidade esperada, se ela for boa você arranja dinheiro, isso é uma heresia que parece uma heterodoxia, mas é verdadeiro, dando dinheiro, não tendo rentabilidade futura não investem, e foi o que aconteceu, o investimento caiu e vieram os erros autônomos, uma série daquilo que eu chamo bons erros, o que é um bom erro, com erro é aquele que é cometido de graça, não precisava, que é irreversível e que traz grande prejuízo, e o governo Dilma se especializou na produção desses bons erros, como foi o caso da energia elétrica, agora, depois vocês acompanharam o período recente, a economia dando água, a credibilidade embaixo, o segundo governo Dilma não teve aquilo que todo governo novo precisa, sobretudo diante de uma crise que é crédito de confiança.

A economia indo mal, a base política se desagrega e tudo que os deputados querem é se reeleger, não é só por coisa de lideranças, do PMDB e de outros partidos não, é que o deputado vai para sua cidade no fim de semana e quando chega lá, vê as pessoas falarem; quando volta, se for do governo, volta menos governista, se ele for da oposição, mais radicalizado. O congresso é sensível, quando surgem pesquisas, o deputado já está sabendo daquilo, mesmo sem saber, por seu comportamento. O impasse, agora é que o nó econômico é tremendo, o nó político é incrível. Há pouco, o assunto era Portugal, a apreensão de que vem um novo gabinete; mas no parlamentarismo, mudar de governo é uma solução, pode não dar certo, mas aí muda de novo; a Austrália mudou quatro gabinetes em cinco anos, mas no presidencialismo é um cataclisma mudar governo, não se muda o governo apenas porque ele é ruim, vejam só que sistema absurdo, agora, é uma situação que se vive

Olhando para diante, fico a pensar no que os economistas gostam de fazer, há aquela piada que existem economistas andando num deserto, havia um grupo andando num deserto e um deles era economista, e um avião joga água e latas de ervilha, e tudo o mais, só que não tem abridor, e aí ficam tentando etc até que chamam o economista que diz: ah não, isso é muito simples, suponhamos que temos um abridor; economista faz isso. Então, eu sempre digo Gilmar, que uma professora extraordinária em Cambridge, na Inglaterra, discípula do Kennes pintava o sete, chamava Joan Robinson, eu fiquei muito impressionado quando li o livro dela, um livro acadêmico, mas que ela começa contando na introdução que os alunos sempre perguntam a ela se vale a pena estudar economia,

que ela respondia o seguinte, olha, vale a pena estudar economia não para obter uma série de receitas prontas sobre a realidade, mas para aprender a não ser enganado pelos economistas, acreditam, para mim a utilidade maior de ter estudado economia foi esta, verdade, agora, mas digamos, dando uma de que tenha o abridor de latas na mão, qual seria a receita?

Se tivéssemos um governo com um mínimo de consistência e credibilidade e que não obedecesse às leis também do governo Dilma e do PT, uma delas, eu já mencionei algumas, mas há outros - e a menor distância entre dois pontos não é uma linha reta, é uma espiral de três dimensões - que nesse sentido são pré-euclidianos, não são nem pós euclidianos no sentido generoso da palavra, mas tudo é meio torto e complicado; outra delas é a ideia de quem está no governo tem que saber menos do que o chefe, se esse princípio não fosse válido a Dilma, provavelmente, editaria uma medida provisória impondo isso, que todos os auxiliares têm que saber menos. Dado o nível, há que se imaginar que se tivéssemos um governo razoável, que fosse capaz de inspirar o mínimo de confiança, o panorama econômico não seria tão dramático, a curto prazo para efeito de uma recuperação. Agora, têm-se grandes desafios pela frente, o que mudou no mundo, a se auto realiza nunca se deu na intensidade que se dá no mundo de hoje, é um mundo inteiramente livre para movimentação financeira, pois tudo aquilo que se acha vira realidade mesmo que não seja razoável achar assim.

A Europa, por exemplo, vive seis, sete anos, ou mais de estagnação, leva, fica dando voltas, e nunca se chega a um ponto de convergência, invariavelmente, essa é uma questão que vai afetar muito a política econômica no Brasil, essas agências de risco em matéria de qualidade econômica é segundo time, mas elas influenciam, as empresas brasileiras cada vez que caem que o Brasil é *down grade*, que perde graus de investimento, elas pagam mais caro o financiamento externo, é um dado; na realidade, a economia se torna muito mais difícil de levar, o custo Brasil é uma coisa que só pode ser reduzida a médio e a longo prazo, não é imediato; a indústria tem que ser reconstruída, as tarefas são gigantescas, e a questão demográfica, está inteiramente na conta corrente.

O Brasil está na contramão, o peso da população de mais idade crescendo, crescendo, e caminha-se para a perda do bônus demográfico, que era o de ter muita gente em idade útil no mercado de trabalho; aposentadoria precoce, o sistema de ensino ineficiente coloca pela janela o bônus demográfico, enquanto as idades de aposentadoria deviam aumentar, vão diminuindo, é inacreditável, e nunca se consegue mostrar aos aposentados que eles ganham mal porque entra aposentado demais, e precocemente; aliás, aquele que entra com aposentadoria e depois vai reclamar é porque ele entrou muito cedo, teria sido melhor se ele tivesse continuado, a cultura assim é tamanha que

o governo vetou um projeto de minha autoria, que permitia que a aposentadoria compulsória dos servidores fosse de 70 para 75 anos, o que é razoável, sairia todo mundo ganhando, economizaria gastos do governo, teria gente experiente, todo mundo sairia ganhando; o governo vetou, há também a questão demográfica, um desafio tremendo pela frente, sem falar na questão do sistema político. É premente a necessidade de que a Constituição deva ser refeita; como fazer, não sei, não dá para convocar nova constituinte. Lenin dizia o seguinte, e peço desculpas ao ministro Gilmar Mendes por citá-lo, se os teoremas da geometria contrariassem os interesses dos homens ou de algum grupo de homens surgiriam legiões de matemáticos para contrariá-los; como os teoremas da geometria não contrariam, fica todo mundo quietinho. É claro que contrariar é muito difícil, impossível diria; convocar uma nova constituinte, porque, é, juridicamente, sem sentido; nada disso resiste a uma análise, o certo é que precisa mudar a Constituição.

Há os três quintos, para mim, não estou dizendo que isso entra no plano do factível, o que eu faria para mexer na Constituição é simplesmente inserir a maior parte dos dispositivos programáticos nas exposições transitórias, até que uma lei ordinária ou complementar fale sobre o assunto, isso abriria caminho no futuro para refazer, de maneira mais racional, mandamentos ora constitucionais e que dariam uma margem de flexibilidade grande, inclusive com poder de veto do executivo, porque se é lei o executivo tende a ser um pouco mais racional, não é um integrante fanático do Fuce, fora certos períodos. A ideia é realmente recolocar a questão do parlamentarismo pelo menos, além de comer pelas bordas a questão do sistema eleitoral. Pensando nisto, apresentei um projeto de lei em que haveria o voto distrital nos municípios grandes, de mais de 200 mil eleitores, que seria uma espécie de vírus que a gente inocularia no organismo político, um vírus benigno, para depois contaminar o resto, só que dada a orientação contrária do presidente da câmara, inclusive o alerta de que, não, se der certo nos municípios vem para os estados, vem para os federais. Mesmo afirmando que isto seria somente em 2014, não andou na câmara, ao menos não foi derrotado.

É essencial uma mudança nessa direção junto com a questão do sistema de governo porque, dos quatro presidentes eleitos na fase da democratização, dois teriam caído no seu primeiro ano por ineficiência, por inépcia, por mudança política, e o custo que nós pagamos no prolongamento é brutal, é desumano e, inclusive, nos aproxima daquilo que é uma imagem batida, mas verdadeira, do *grams* em matéria de análise de um sistema para outro.

Quando ele diz que o sistema dado naufraga, que é o Lulo petismo, assumido pelo Brasil, que o novo não chegou, na transição predomina a morbidez, que é o que está acontecendo agora, e aí eu fico torcendo, embora esteja dando maus exemplos, para o imprevisto de Machado de Assis, no

Esaú e Jacó, ele diz: nós temos que nos curvar em homenagem ao imprevisto, porque o imprevisto tem assento na assembleia dos acontecimentos, e ele vota e, às vezes, o voto é decisivo. Isto posto, convém agradar o imprevisto, subservientemente, agradar o imprevisto para que ele alguma vez vote algo que acabe ajudando; evidentemente, com algo inesperado.

É um prazer participar desta mesa redonda sob a presidência do professor Sérgio Vitor, não apenas pelos elogios que ele me cumulou, que isto, na verdade, é sempre um risco para o palestrante, pois eleva demais as expectativas do auditório e, às vezes, isto gera decepção. Cumprimento meu caro professor e amigo Carlos Blanco de Morais, caro professor Nuno Piçarra, senhores e senhoras.

Agradeço pelo convite para integrar este Congresso Internacional do IDP e particularmente, por fazer parte deste painel que trata de assunto de grande importância e extremamente delicado na conjuntura atual do Brasil.

A minha intervenção se intitula O presidencialismo brasileiro na antiguidade e atualidade. Não na antiguidade de ser velho, pois, velho tem estes desvios da sua expressão. O presidencialismo brasileiro na atualidade tem o subtítulo que é uma provocação, gigantismo e travamento. A meu juízo, estes dois aspectos estão evidentes na crise política por qual passa o Brasil.

Temos um presidencialismo, extremamente, abrangente e, por outro lado, um presidencialismo travado. Exatamente, porque há uma grande dificuldade em exercer a governabilidade a fim atingir os objetivos de um estado de bem-estar.

A primeira observação que faço é como é o estado brasileiro de acordo com a nossa Constituição. É curioso que no passado todas as vezes que surgia uma crise política no Brasil, e todos sabem que elas não são raras e nem esparsas na nossa história, discutia-se o sistema de governo. Mas as pessoas da minha sempre se lembram do passado e que foi melhor do que o presente.

Quando era jovem, o tema discutido era em termos de presidencialismo versus parlamentarismo, no tempo em que Raul Pila batalhava sobre a Constituição de 1946 e pelo parlamentarismo e Afonso Arinos defendia o presidencialismo. Um debate, que na verdade, foi ensejado por propostas de emendas constitucionais que foram submetidas ao Congresso Nacional logo depois da vigência da Constituição de 1946.

Estas emendas não lograram e a aprovação do parlamentarismo no Brasil, só veio mais tarde, depois da crise causada pela renúncia de Jânio Quadros. Mas, isto é irrelevante para a palestra, o fato é, que o problema do sistema de governo no Brasil é uma questão estrutural, uma questão muito mais importante do que certos aspectos contingentes que deliciam os meios de comunicação de massa, apesar destes terem sua importância e a sua gravidade, não são essenciais para a governabilidade do país, para a governança do país.

O problema do sistema de governo é um fator permanente de governabilidade ou de ingovernabilidade. Para demostrar o que eu apontei nesta introdução, permitam-me remontar ao passado traçando alguns elementos genéricos da proposta. Todos sabem

que o sistema presidencial veio para o Brasil na Constituição de 1891, portanto, veio com a república. Este modelo veio para a república por algumas razões conhecidas, uma delas foi, exatamente, a reação contra o parlamentarismo do império.

E a outra, motivada pela admiração que os republicanos tinham em relação aos Estados Unidos da América e ainda há uma terceira razão, que nem sempre é sublinhada, a influência do positivismo na conformação da ideologia do presidencialismo brasileiro.

Se me permitem lembrá-los, a teoria política do positivismo era a teoria da ditadura republicana, um poder forte para fazer o bem. Um poder forte que pudesse definir metas e atingi-las pelos meios que fossem necessários, não ultrapassando, evidentemente, os limites razoáveis do respeito e da dignidade da pessoa humana. Quanto ao uso intenso destes meios, há um exemplo histórico no Brasil que é a Constituição do Rio Grande do Sul, ela se estabelecia pelo castilhismo.

Este componente para mim é importante porque ele formou a mentalidade autoritária e desde o primeiro dia do nosso presidencialismo ela se manifesta. Na primeira república nós tivemos, sem dúvida, um presidencialismo extremamente, autoritário. É claro que vários fatores contribuíram para isto, além desta mentalidade decorrente da tese positivista da ditadura republicana. Na verdade, para justificar este posicionamento sobre o autoritarismo da primeira república basta lembrar que, em 1934, foi publicado um livro de autor estrangeiro cujo título era "Sua Majestade, o Presidente da República", ora, sua majestade, o presidente da república, faça-me o favor.

Este presidencialismo autoritário não desapareceu do Brasil após 1946, e se o presidente da república já contava com uma soma de poderes imensa sob a Constituição de 1891, ele ainda teve poderes acrescidos pela Constituição de 1934 e de 1946. E mesmo sem mexer na Constituição, o presidencialismo teve seus poderes ampliados pela prática da governança a partir de 1946.

Notem o seguinte, a partir da Constituição de 1946, ou da Constituição de 1934, se quiserem, mas ela vigorou por muito pouco tempo, O Brasil deixa de ser um mero estado de polícia, usando a terminologia que se empregava antigamente, para passar a ser um estado de bem-estar, em contraposição a dos franceses e aquele estado em que mantém a ordem. De um lado, está o ideal liberal que seria cada um por si cuidando da sua própria vida, e o outro, seria a intervenção do estado para realizar o bem-estar dos seus cidadãos e, consequentemente, atuar de forma positiva na vida política, econômica e social, ao contrário, em que seu papel é negativo, apenas cria condições para que cada um cuide da sua própria vida.

A adoção do *Welfere state* veio fortalecer, ainda mais, o presidente da república que já tinha um posicionamento autoritário na tradição anterior. Ele veio incumbir o presidente da repúbli-

ca, ou melhor, incumbir, o estado, só que incumbido o estado, está atribuindo ao poder executivo e este ao presidente da república uma soma de poderes que vem crescendo a cada dia. Este crescimento de poder do executivo sempre demostra o alargamento das tarefas que ele assume ou em que a ele são confiadas.

Vejam que na vigência da Constituição de 1946, instaura-se no Brasil, a tese da importância do desenvolvimento, o desenvolvimentismo. Entra no mérito de que o desenvolvimento é necessário para o país. O modo de promover este desenvolvimento foi pela intervenção do estado, os que se deram ao trabalho de estudar a história brasileira neste período devem se lembrar que no governo de Juscelino Kubitschek, por exemplo, foram criadas as superintendências de desenvolvimento. A mais famosa de as superintendências de desenvolvimento foi a do Nordeste, a SUDENE.

Se os senhores forem consultar as obras da época, por exemplo, o livro de Machado Horta, vão verificar que a SUDENE tinha um orçamento superior ao orçamento de todos os estados que pertenciam a sua área de atuação. Isto tem, concretamente, uma explicação importante, este desenvolvimento foi desencadeado, acentuado a partir de um desenvolvimento com sacrifício de um contrapeso importante do presidencialismo, que é a federação e é também a razão pela qual o presidente da república se torna, cada vez mais, o detentor do poder econômico, financeiro e social, simplificando o que estou expondo.

Observem que, com o passar do tempo dentro deste processo, o presidente da república que já era chefe de estado, comandante das forças armadas e da diplomacia e chefe da administração passa a ser o chefe da economia na medida em que, por um lado, ele detém o controle da política de câmbio e da política financeira, por outro, ele tem nas mãos uma série de grandes bancos, como Banco do Brasil, BNDES, Caixa Econômica. Ele tem nas mãos o papel de provedor dos mal aquinhoados na vida com a previdência e o defensor da saúde de todos, tudo isto concentrado numa pessoa, no presidente da república.

Por isto, eu ouso falar no gigantismo do presidencialismo brasileiro, porque tudo no Brasil se espera do presidente da república, tudo se deseja a partir dele. E este é um processo sem interrupção, no regime militar não houve qualquer restrição a isto. Ao contrário, o regime militar era também um regime desenvolvimentista, e para demonstrá-lo, basta uma pequena situação, a cabeça pensante do regime militar era a escola superior de guerra. Os senhores sabem qual é o mote da escola superior de guerra? Segurança e desenvolvimento.

Na enumeração dos poderes do presidente da república, nem falei nas empresas que ele passou a controlar, exatamente, com esta meta de realização do bem-estar para todos, a Petrobras é um exemplo destes, veio an-

tes de Juscelino Kubitschek, mas foi, praticamente, às vésperas dele subir ao poder. Quantas outras empresas, inclusive dos planos estaduais se estabeleceram neste período.

O presidencialismo brasileiro tornou-se um gigante, porém, um gigante que hoje parece travado. Parece travado por um fator político que dependeu e ainda depende da Constituição. Não depende da boa ou má vontade dos homens, da maior ou menor capacidade dos governantes, este travamento tem uma razão profunda, e esta é, exatamente, no aspecto positivo. Este aspecto positivo é que, embora o presidente da república tenha uma imensidão de poderes, ele não deixa de ter, ainda que frágeis, contrapesos na estrutura constitucional brasileira. E o principal deste contrapeso é o fato de que o Brasil é um estado constitucional de direito. Isto significa que a política governamental deve sujeitar-se à Constituição e ao controle de constitucionalidades, os senhores sabem a importância que tem o controle de constitucionalidade na história brasileira.

Por outro lado, tem que ser observado o princípio da legalidade, ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, para que o poder executivo possa realizar as metas que ele traça, precisa de lei. É verdade que no Brasil já até se procurou afastar a necessidade de lei para pautar a ação governamental. No regime militar, criou-se o decreto-lei, e na constituinte, que elaborou a Constituição de 1988, era pregada a abolição do decreto-lei, este era condenado veementemente. Na Constituição de 1988, criou-se uma figura diferente, a medida provisória com força de lei, que era uma maneira de fazer o presidente da república também estabelecer a lei. É claro, que isto se atenuou, após a emenda constitucional 32, de 2001, ela restringiu a possibilidade de o presidente da república editar medidas provisórias, por exemplo, limitando algumas distorções como a repetição e reedição das medidas provisórias.

Veja que, até isto foi tentado em prol da governabilidade do Brasil confiada e entregue totalmente ao presidente da república. Entretanto, como isto não vingou, o presidente da república não pode fazer o que a lei não lhe autoriza e, consequentemente, a política governamental depende da lei, da intervenção do poder legislativo, a intervenção do poder judiciário, obviamente, transparece com a referência feita ao controle constitucionalidade. Quem fala em intervenção do poder legislativo, não pode ignorar que ele se estrutura, politicamente, por partidos, e estes partidos, bem ou mal, derivam de uma de série de fatores que concernem ao sistema partidário.

Vou procurar analisar o aspecto que é o porquê do travamento do gigante. Como os senhores sabem as estatísticas circulam por todos. O Brasil tem hoje 35 partidos registrados, se é que não foi registrado algum durante a minha vinda de São Paulo para cá, e 28 partidos representados no Congresso Nacional, se não surgiu também mais algum de ontem para hoje, isto já cau-

saria estranheza para qualquer observador estrangeiro. Contudo, o maior partido brasileiro não tem mais do que 14% da Câmara dos Deputados, ou seja, o Brasil só tem pequenos partidos, por conseguinte, para aprovar uma lei ou uma medida provisória com a maioria necessária tem que haver uma coalizão, e esta pode significar um acordo, um acordo que tem uma coalizão.

Este acordo se faz em torno do que? Seria do ideal, se fizesse através do livre convencimento dos que vão participar da deliberação, pela troca de argumentos dos que atuam no Congresso Nacional. Isto pode até acontecer, mas não acredito que seja comum. Este acordo pode derivar de tendências ideológicas, mas parece difícil acreditar que isto se faça no Brasil quando os 35 partidos, pelo menos a esmagadora maioria deles, não tem programa definido e nem ideologia definida. Todos eles são a favor da democracia, da liberdade, da justiça, do bem-estar e de outras questões sociais. São favoráveis a generalidades genéricas cuja concretização varia conforme o interesse de cada um.

No entanto, essa maioria pode ser construída por interesses e a palavra é abrangente para compreender, não só os grandes interesses da pátria, até os pequenos interesses mediatos. E estes pequenos interesses prosperam, frequentemente, porque eles podem ser o atendimento a comunidade da qual o candidato provém, ou pode ser uma decorrência de favores que ele recebe ou postula receber.

É possível ver, claramente, que aí, situa-se uma brecha, a brecha da corrupção, porque não há uma distância muito grande entre a corrupção das pequenas vantagens e a corrupção das grandes vantagens. Normalmente, uma traz a outra para si. Agora, este quadro partidário vem do quê? Há um fator cultural nele, mas há um fator que eu poderia chamar de fator técnico. Meio século atrás, eu tive a oportunidade de fazer pós-graduação na França, um dos professores da faculdade de direito de Paris, professor Maurice Duverger, tem um livro, traduzido em português, editado pela UNB sobre os partidos políticos, e ele fez neste livro algumas observações revolucionárias, para a época. Algumas observações são muito importantes para compreensão de partidos políticos e sistemas eleitorais. É certo que, com o passar do tempo, várias de suas teses foram discutidas e criticadas, por exemplo, por Gionvani Sartori, que também tem um livro publicado pela UNB.

Duverger mostra no seu livro que os sistemas eleitorais não são neutros, ou seja, o sistema eleitoral condiciona a atitude e o raciocínio do eleitor. O eleitor reage ao sistema eleitoral no momento em que ele escolhe o candidato, em que ele vota.

Simplificando as coisas para que a ideia se torne mais, num sistema em que tem dois partidos, apenas um tem chance de chegar ao poder. Isto ocorre no âmbito do que nós chamamos de voto distrital, como nos Estados Unidos, Inglaterra. O eleitor quando, espontaneamente, não admira um dos candida-

tos, ele vota pelo mal menor. Mais ou menos como nós fazemos no segundo turno da eleição presidencial, vota pelo mal menor, quem é o mal menor.

Na representação proporcional o raciocínio não é o mesmo, porque se o eleitor for, minimamente, instruído, ele sabe que o número de cadeiras numa assembleia vai ser repartido em proporção ao número de votos. Então, ele não perde o voto se der ao candidato, digamos, de um partido nanico que corresponda aos seus interesses. Assim, o sistema de representação proporcional puro é um sistema que multiplica os partidos, e este é um fenômeno que já se sob a Constituição de 1946, tentou corrigir na década de 1960 por intermédio de uma lei. O primeiro estatuto dos partidos que procuravam levar os partidos a se agruparem foi precipitado e destruído pelo ato institucional que extinguiu todos os partidos e permitiu a criação de dois partidos provisórios.

Como surgiram provisórios o problema se agravou, porque não era possível colocar os doze partidos daquele tempo em dois, e olha que doze partidos já se falavam que havia partidos demais. Os mais jovens aqui, já ouviram falar na sublegenda? Pois foi isto que ocorreu, com a redução para dois partidos, de uma vez só, criou-se a sublegenda. Com a sublegenda, um partido tinha a possibilidade de ter três partidos dentro dele. Só que, o raciocínio era um e a prática era outra. O raciocínio era que podia ser de um partido e discordar de uma linha e preferir outra dentro do partido. O problema é que normalmente, dentro da prática brasileira, quem não era da linha majoritária do partido preferia a vitória do outro partido ao prevalecimento do candidato do seu partido, esta prática destruiu tudo. Mas não vamos agora ficar remexendo no passado, passado já passou e que pode ser citado apenas como exemplo.

O nosso sistema de representação proporcional é o responsável pela proliferação de partidos. O uso proposital de partidos leva a proliferação que cria o quadro que eu apontei no início. Em toda parte do mundo, existe a percepção de que partidos demais são prejudiciais a governança. No sistema alemão há uma cláusula de corte, o partido que não tem 5% dos votos não elege ninguém. Por outro lado, o sistema de representação proporcional é um sistema mais justo, porque ele permite que todas as correntes de pensamento se expandam e até novas correntes encontrem lugar no processo político.

O partido é, fundamentalmente, um instrumento de governança, um instrumento de governabilidade, e em um estado constitucional de direito, isto é imprescindível. No estado constitucional de direito existe a necessidade da colaboração entre legislativo e executivo para realização das que são desejadas pelo povo e pelas metas da governança. No sistema de Montesquieu, ou no sistema de separação de poderes puro, isto não importava porque se o legislativo não concordasse com o executivo, ele não a lei e o mundo não mudava. O mundo, como diziam os franceses anda sozinho, um belo dia, até

pelo fim dos mandatos uma nova eleição resolveria o problema.

No entanto, isto não pode acontecer no estado de bem-estar em que é necessário, exatamente, pelo papel que o estado exerce na economia e na sociedade, que ele atue a tempo e hora. Problemas econômicos e financeiros tem que ser enfrentados no momento. O adiamento na resposta faz com que eles se prejudiquem cada vez mais e se tornem cada vez mais graves e daninhos.

A minha intervenção chega ao fim, o momento de discutirem alternativas seria agora. É claro que vocês são suficientemente maduros para imaginarem algumas ideias que eu tenho a respeito da estruturação do poder e do sistema eleitoral e partidário, mas esta temática eu não vou abordar, Primeiro porque criei juízo, quando era jovem, eu tentei colocar estas coisas no papel e publiquei mais de um livro sobre isto. O que na verdade, não influiu em nada na condução dos acontecimentos e apenas me trouxe incompreensões e dificuldades, porque eu escrevi um livro intitulado a democracia possível. O título significa que a democracia é possível, mas que ela tem que ser estruturada de acordo com uma série de fatores.

Isto era um pecado porque no debate político daquele tempo a democracia não comportava adjetivos, era como se nunca tivesse falado em democracia liberal, democracia representativa e social e outras. Pena que o adjetivo não seja um acompanhante praticamente inescapável de qualquer referência a democracia. Não vou lançar nenhuma sugestão porque espero encontrar na palestra e na manifestação de outros professores que vão me suceder na tribuna. Muito obrigado.

OS SISTEMAS POLÍTICOS DOS GOVERNOS EUROPEUS: MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DE PODER COMPLEMENTADOS OU ALTERNATIVOS AO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO

Carlos Blanco de Morais*

*Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Vice-Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP); Presidente da Comissão Coordenadora Científica do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP).

Saudações ao professor Sérgio Vítor, atualmente, um dos mais jovens e brilhantes expoentes do Direito Constitucional brasileiro, com dois importantes livros; saudações, também, ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, amigo, mestre e colega de curso; professor Nuno Piçarra, da Universidade Nova e da Faculdade de Direito; saudações particulares ao Ministro Gilmar Mendes e ao professor Paulo Gonet Branco pelo amável convite e por terem solicitado minha intervenção nas várias vezes em que o tema envolvia Governabilidade e Sistema Político, mais precisamente, tecer uma análise comparada entre os sistemas políticos dos governos europeus para avaliar os modelos de organização de poder que pudessem ser complementados ou alternativos ao Sistema Presidencial ou Presidencialismo brasileiro.

Curioso é perceber que no debate sobre sistemas políticos há um debate de engenharia constitucional que surge sempre em alturas de crise, aliás, existe uma sintomatologia da existência de uma crise política sempre que se fala ou se debatem Sistemas de Governos. Foi o que aconteceu, por exemplo, em Portugal no período de 1976 a 1982 - época de instituição da Constituição brasileira – por cerca de oito a dez anos, o sistema de governo não funcionava e havia, em média, um governo por ano; estava claramente instalado um quadro de ingovernabilidade e de tensão entre o Presidente da República e o Parlamento com consequências efetivas na parte de organização econômica e financeira. Neste caso, houve um grande debate sobre eventuais alterações no cenário político que pode contar com a minha participação, de Maurice Durverger, que veio especialmente para isto, e realizou grandes debates sobre o sistema eleitoral, sistema de governo e sobre o sistema de partidos, inspirador de obras como do professor Marcelo Rebelo de Souza, que publicou uma tese de doutorado sobre partidos políticos e concorreu à Presidência da República Portuguesa;além da dos professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Vasco Guimarães,

O debate sobre o assunto esmaeceu e voltou, mais recentemente, em 2009 quando o país, habituado a governos majoritários, teve, de repente, um governo minoritário, do engenheiro José Sócrates que, efetivamente, por um governo instável, seus defensores constitucionalistas que defendiam o governo levantou problemas e o governo recebeu constantes oposições de um Parlamento, que mostrava uma boa vontade cada vez menor; como se sabe, em Portugal, o Presidente reina, mas não governa. Defendeu-se aí uma moção de censura construtiva alemã – mecanismo que permite, apenas, destituir o Parlamento nomeadamente; significa, portanto, demitir um governo, desde que as oposições se ponham de acordo para substituir este mesmo governo com uma maioria absoluta alternativa e um candidato a primeiro ministro. Claro está que esta moção de censura construtiva se destina a assegurar governos minoritários no poder, assegurar uma governabilidade.

Existiam, também, outros debates sobre política; A Itália, por exemplo, sobretudo nos anos noventa, quando a Operação Mãos Limpas acabou por dar o golpe de misericórdia na chamada Primeira República e, mais uma vez, o professor Duverger à época com oitenta anos, apareceu em Trieste para discutir o sistema de governo italiano e a transição para o sistema semipresidencialista ou para um sistema ministerial britânico. O que se pode concluir destes debates existentes na Itália e dos dois em Portugal é que, apesar de muita discussão, não houve qualquer alteração constitucional do sistema de governo; a Itália, quando muito, alterou o sistema eleitoral inclusive, recentemente, houve outra alteração; em Portugal, no entanto, nem isto aconteceu, o que houve foi uma mudança de comportamento do eleitorado que, cansado da fragmentação política do parlamento, que gerava ingovernabilidade, votou contra o sistema eleitoral, ou seja, começou a canalizar os votos para os dois grandes partidos procurando assegurar maiorias absolutas ou quase absolutas no parlamento.

A questão que se coloca é esta: haverá um modelo de sistema político mais adequado ao Brasil do que o Presidencialismo vigente? Claramente, esta é uma questão cuja resposta não pode ser direta, limito-me aqui a fazer uma análise comparada somente do que são os sistemas de governo europeus, as várias variantes de sistemas parlamentares e, também, dos sistemas presidencialistas; abordarei as vantagens e as inconveniências, sobretudo dos mais recentes; farei um pequeno exercício buscando estimular um debate sobre como seria o Brasil se implantasse, eventualmente, um destes sistema; cabe lembrar nesta análise comparada que a engenharia constitucional é pródiga em formas de governo e o que é um sistema político.

No fundo, um sistema políticoacaba por ser um modelo de exercício de poder que resulta de combinações entre instituições soberanas e que se destina a assegurar, à luz da separação de poderes, uma condução estável dos negócios públicos, que é aquilo que se chama, eventualmente, governabilidade, mas assegurando, ao mesmo tempo, aquilo que é uma representação democrática das principais forças políticas que legitimam o exercício da autoridade e, também, uma realidade muito importante, que é a controlabilidade do poder.

Ora, no fundo, faria duas notas preambulares, a primeira seria que a análise comparada dos sistemas de governo nos transmite a lição de que não existem fórmulas mágicas e universais ajustadas a todos os estados; regressamos aqui a Montesquieu e ao espírito das leis que dizia que, efetivamente, as leis são diferentes porque se ajustavam à natureza e à idiossincrasia dos diversos povos; e o mesmo acontece com os sistemas políticos. Exemplo disto foi em Portugal em que, principalmente para os pais fundadores da Constituição Portuguesa, o semi presidencialismo português seria uma fórmula mágica como remédio de, que curava todas as enfermidades,

mesmo aquelas diferentes, o que seria um sistema ótimo para os novos paíse4s de expressão portuguesa. De fato, o sistema funcionou em Cabo Verde, na Guiné Bissau, em Timor Leste e em São Tomé e Príncipe – antigas colônias portuguesas onde os pais fundadores da Constituição Portuguesa inspiraram o semipresidencialismo.

Nestes países, este sistema representou uma série de golpes de estado e de tentativas de golpe, porque o presidente e o primeiro ministro sempre entravam em choque e os problemas eram resolvidos, muitas vezes, por via armada. Cabe esclarecer que, mesmo no semipresidencialismo, existem matizes insuportáveis como, por exemplo, o semipreseidencialismo francês que permite ao presidente da república dissolver o parlamento tão logo seja eleito, caso a composição parlamentar seja politicamente adversa; porque a lógica é o presidente criar no parlamento uma maioria que o suporte e que suporte um governo por ele presidido.

Em Portugal, esta liberdade feita pelo presidente francês de dissolução do parlamento existe apenas no papel, não na prática política. Se acaso um presidente recém-eleito dissolvesse, imediatamente, o parlamento para provocar uma eleição que gerasse uma maioria que lhe fosse favorável, seria levantada a ideia de bomba atômica ou de golpe de estado. Geralmente, o presidente dissolve o parlamento quando há consenso parlamentar ou no âmbito de uma crise política séria, mas nunca de uma crise política – nunca a seco como se costuma dizer.

Portanto, verifica-se também aqui que os sistemas de governo não são apenas o texto constitucional, são uma prática constitucional. Claro está que a constituição não é apenas um texto, também a forma como o texto é lido, é vivido frente a um Ethos que se vai construindo no tempo e que faz parte um pouco da constituição em sentido amplo, e da constituição real.

A segunda questão a ser abordada por mim seriam os grandes debates sobre temas políticos na Europa – intervenção que complementaria aquilo dito pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Estes debates, sempre, são centrados em torno de um dilema entre o que é representação e aquilo que é governabilidade, os sistemas dotados de uma maior ou uma melhor taxa de governabilidade. No fundo, governabilidade é estabilidade de governo de legislatura e maioria para executar os programas que foram ratificados pelo eleitorado.

Ora, quanto melhor é a taxa de governabilidade, pior é a representação política, porque os sistemas eleitorais - como foi dito - são fabricados, são engenhados, são concebidos de alguma forma para assegurarem uma representação da maioria das forças políticas no sistema proporcional ou, essencialmente, para constranger opções do eleitorado reduzindo aspectos de representação política, mas permitindo a criação e o fabrico de maiorias para governar. Na verdade, a governabilidade possui um preço que se chama representação, portanto, quanto mais forte for a governabilidade, menor será a repre-

sentação; exemplo disso é o Reino Unido que possui um sistema majoritário a uma volta, chamado voto distrital e, no Brasil, o voto distrital é aquele em círculos uninominais; obviamente, é um sistema que fabrica, usualmente, governos de maioria absoluta em um só partido.

Esta é a história britânica, este é o benefício, mas qual seria o custo? O custo é a sub-representação de forças que ficam em terceiro e em quarto lugar. Na última eleição de um partido, por exemplo, o euroset, UKIP, de direita, ficou em terceiro lugar, com 12,6%, mas obteve apenas um deputado, porque, de fato, ganhou um círculo eleitoral apenas; ficou em segundo, em terceiro, em muitos círculos; em termos de representação, portanto, ficou com apenas um deputado. Em contrapartida, o partido nacionalista escocês teve 4,7% de votos em nível nacional – um terço do total obtido pelo UKIP – mas teve 50 deputados porque ficou à frente nos distritos do Norte da Inglaterra.

Sem dúvida, existe aqui um sistema com distorções sérias no âmbito de sua representação, mas que assegura objetivamente a estabilidade governativa; há, também, o reverso da medalha, com sistemas que privilegiam, sobretudo, os temas de meio majoritário – de voto distrital; faz-se uma eleição para o executivo, procura-se fundamentalmente utilizar o parlamento para eleger o primeiro ministro, escolhe-se indiretamente o primeiro ministro nos estados que privilegiam a representação proporcional, principalmente que se espelham todas as tendências plurais de partidos políticos, a formação política de uma determinada sociedade tendo como custo, não a ausência, mas a redução radical de governabilidade. Olhando-se para todos os estados da Europa, do norte e do centro europeu, percebe-se que, de fato, há sistemas proporcionais, governos de coalizão ou governos minoritários instáveis. Mas, mesmo em coalizão, raramente se completa uma legislatura. Esta questão, portanto, de representação por um lado e de governabilidade por outro constituiu um problema dilemático.

Claro está que uma terceira variante dos sistemas de governo tem a ver com a controlabilidade do poder. Como o tempo é curto para falar sobre isto, passarei muito sinteticamente a uma análise descritiva sobre os sistemas políticos europeus, a começar pelos parlamentares, pois, há neles várias e importantes variantes entre o sistema parlamentar de assembleia, que existe, por exemplo, na Holanda e o sistema parlamentar primeiro ministerial britânico. Há, portanto, um mar de distância, pois, quando se fala em parlamentarismo, deve-se falar em vários tipos de parlamentarismo, que têm soluções muito diferentes em termos de governabilidade e de representação.

Em se tratando do Reino Unido, temos um sistema parlamentar em que sendo parlamento instituição, digamos, que legítima o poder, essa legitimação destina-se a fazer apenas essencialmente uma coisa, assegurar um governo majoritário sustentado por maioria

absoluta no parlamento e, portanto, a chave do parlamentarismo de gabinete primeiro ministerial e o sistema eleitoral majoritário. Como o voto distrital é um voto, este sistema visa a criar um primeiro ministro, que é chefe de governo, chefe do partido majoritário; inclusive, como deputado é chefe da própria bancada parlamentar. Desta forma, o sistema funciona nestes termos: os resultados eleitorais privilegiam dois grandes partidos, um que é partido do governo e outro, que irá para a oposição; há um estatuto privilegiado, que sacrifica a representação dos partidos restantes.

Fato é que este sistema revela grande estabilidade e permitiu, por exemplo, que dois grandes primeiros ministros britânicos, Margareth Thatcher, do partido conservador e Tony Blair, do partido Trabalhista, tivessem mudado a face da Inglaterra, precisamente, em termos de desenvolvimento, porque tiveram muito tempo para governar e implementar seus programas de estabilidade; esta é a grande força do sistema.

Quanto às fraquezas, residem na destituição da representação que ocorreram, por exemplo, na eleição de 2010, quando nenhum partido obteve maioria absoluta, criou-se, historicamente, um precedente com um parlamento bloqueado e houve, digamos, um governo de coalizão, considerado quase como um escândalo no Reino Unido; conservadores uniram-se aos liberais e formaram uma maioria. Ora, se nos outros países europeus, as coalizões acontecem normalmente, qual teria sido a conseqüência de tudo isto? Em 2015, o parceiro menor da coalizão, o partido liberal, foi praticamente devorado pelo partido maior, o partido conservador. Por esta razão, duvido muito que o partido liberal volte a se coligar tão cedo, pois quase desapareceu do mapa eleitoral, foi deglutido pelo partido conservador. Será que funcionaria a importação deste sistema para o Brasil?

Seguramente, o voto distrital reduziria o aspecto da representação do partido e haveria apenas três partidos fortes: o PMDB, o PSDB e o PT. Mas isto não inibiria a entrada eventual de outros partidos porque haveria aliados destes que, eventualmente, no interior do país, conseguiriam, também em pequenas coligações, fazer-se eleger. Não tenho certeza que o sistema majoritário conseguisse fabricar as maiorias absolutas claras que existem num só partido no Reino Unido e, diante desta inexistência, a estabilidade do governo não está assegurada. Todavia, iria reduzir drasticamente o número de partidos e ter-se-ia, essencialmente – observada a transposição dos resultados proporcionais obtidos nas eleições parlamentares – o PMDB, que seria, eventualmente, o grande fazedor de governo, aliando-se, ora à esquerda com o PT, ora à direita com PSDB.

Talvez, seria esta a transposição, mas é uma questão que somente um especialista, que está aqui ao lado, poderia comentar a respeito. Paradoxalmente a este sistema primeiro ministerial ao gabinete tem-se um sistema de assembleia, que é o parlamentarismo fragmentário, com sistemas eleitorais propor-

cionais, e que, de fato, gera, no fundo, uma boa representação e, eventualmente, maus e fracos governos. O resultado é, e a Bélgica figuraria como um bom exemplo; seria um caso patológico - em 2010, onze partidos tiveram representação parlamentar e o país ficou 589 dias sem governo eleito; como o principal partido, a direita flamenga, não formou governo, os outros partidos – quatro partidos de socialistas a liberais e democratas cristãos – fizeram um governo de coalizão dirigido ou chefiado por quem foi eleito pelo segundo partido que obtivera mais votos, que foi o partido socialista. Isto repetiu-se em 2014 em que o primeiro ministro, atual chefe de governo é o líder do terceiro partido mais votado. Desta forma, quem, usualmente, ganha não governa, ou pode não governar.

Na Dinamarca, a situação é mais interessante ainda, pois houve uma cláusula barreira – falada há pouco pelo professor Manoel – de 2% para eliminar pequenos partidos, mas que não impediu a fragmentação do parlamento. E, atualmente, quem governa a Dinamarca é o terceiro partido mais votado, que é o partido conservador; governa com um governo minoritário apoiado pelo segundo partido mais votado, que é o partido de extrema direita, que não está no governo, pois está no parlamento e apóia o governo atual minoritário e coloca, enfim, questões duras à política de imigração.

Se o governo minoritário abrir as torneiras de imigração, cai o governo, e o partido mais votado, o partido social democrata, está na oposição. Tem-se, aqui, uma situação relativamente complexa, e eu perguntaria se esse sistema transponível para o Brasil, segundo Giovani Sartori em sua obra Engenharia Constitucional do Brasil, teria agido com grande sabedoria em 88 quando optou pelo sistema presidencialista.

Na opinião de Sartori, os partidos brasileiros têm pouca disciplina, envolvem alianças regionais, lista de aluguer, mudanças de legenda – que, naquela altura, eram mais fáceis que hoje. Um sistema desta natureza, que existe atualmente, mas com uma lógica parlamentar, poderia resultar em um governo que, pela manhã, teria maioria absoluta no parlamento e, à noite, repentinamente, deixaria de ter devido às mudanças políticas ou a criação de novos partidos, ou mesmo, mudança de legenda. Certo é que estaria instalado um quadro de ingovernabilidade.

Atualmente, esta ingovernabilidade não existe porque se pode dizer que o Executivo é autônomo no parlamento. Agora, estando o Executivo dependente de um parlamento fragmentado, a ideia seria a falta clara de ingovernabilidade. Outro problema maior é que, habituados à ideia de que, no presidencialismo, a pessoa eleita é aquela que governa, estariam os brasileiros prontos a aceitar um quadro de legitimidade democrática duvidosa de quem não ganha as eleições ou que fica, por exemplo, em segundo ou terceiro lugares, governar à frente de uma coalizão?

É o que vai acontecer hoje no governo português, que vai cair porque vai haver, de fato, uma apreciação do pro-

grama; assim, quem ganhou as eleições será, eventualmente, derrubado pelas oposições que formariam uma coligação de vencidos. Por esta razão, é que não acredito que os brasileiros estariam prontos a aceitarem uma legitimidade democrática de governos constituídos nesta base.

Quanto aos chamados parlamentarismos racionalizados – sistemas mistos que procuram conciliar a governabilidade mínima com a representação - serei bem breve. Não entrarei na questão da Espanha, pois, requereria muito tempo; o importante é o fracasso, uma tentativa constrangedora, mas com representatividade nos parlamentos e o aparecimento recente de dois modelos; o modelo alemão possui uma cláusula barreira de 5% e tem um sistema eleitoral que combina um componente proporcional com uma componente majoritária, sendo, todavia, tendencialmente proporcional.

Este modelo funcionou muito bem até os anos 80, havia um bloco democrata cristão, um bloco social democrata e um pequeno partido liberal que funcionava como charneira – ora se coligava à direita, ora se ligava à esquerda como forma de manter a governabilidade; os pequenos partidos eram trucidados por aquela cláusula barreira, e todos viveram felizes por algum tempo; o problema é que o sistema começou a falhar.

Nos anos 90, entraram os verdes para o parlamento, superaram a cláusula barreira e, depois, entrou um antigo partido comunista da Alemanha do Leste associado a dissidentes de sociais democratas, que é o que também entrou no parlamento e superou a cláusula regra; nas últimas eleições, o partido liberal nem sequer conseguiu entrar no parlamento e isso fez o partido charneira desaparecer. Em síntese, tem-se uma situação patológica de dois grandes adversários rivais – os sociais democratas e os democratas cristãos – fazerem eles mesmos um governo de coalizão para evitar um quadro de ingovernabilidade no país. Claro está que o sistema eleitoral na Alemanha, com todas as suas cláusulas de regra, não conseguiu mais gerar a governabilidade antes gerada, aliás, nas próximas eleições entrará um partido de direita radical, o AFB, que já está a conquistar votos regionais; e mais ingovernável funcionará o sistema.

Contrariando a intenção de não falar sobre a Espanha, neste país havia um sistema proporcional de círculos pequenos que eliminavam os pequenos partidos, que ficavam sub representados. Isto gerou um bipolarismo entre dois partidos, o partido dito socialista e o partido Conservador. O que acontece é que, nas próximas eleições de dezembro, entrarão no parlamento com uma forte representação dois partidos pequenos que estavam fora do sistema e que são novos – um, a direita e o outro, a extrema esquerda. A Espanha terá, certamente, um governo de coalizão que há muito tempo não tinha.

Uma outra novidade – que é o sistema eleitoral novo - que não conseguiria transpor para a Espanha e que um sistema alemão não resolveria nada

da quantidade de partidos, porque, rigorosamente, nada da quantidade de partidos, aliás, muitos superariam a cláusula barreira de 3 a 5% - na Grécia e na Itália e no parlamentarismo terminaria aqui. Mas este sistema viria para constranger o voto em que se procura, em primeiro lugar, assegurar uma forte representação em todas as tendências e permitir, por outro lado, a governabilidade de quem tenha mais voto.

Cria-se, então, um sistema estranhíssimo chamado por eles de proporcionalidade forçada, que é o sistema *Jack Point*; quem fica em primeiro lugar ganha o *Jack Point*, que significa um adicional de deputados que lhe permitam fazer a maioria absoluta. Na Itália, por exemplo, quem ganhar a próxima eleição – ainda não foi testado o sistema – terá, automaticamente, 53% de representação de mandatos no parlamento; na Grécia, o Syriza, de extrema esquerda, ganhou as eleições com maioria relativa, mas teve um bônus de 50 deputados, o que lhe permite fazer uma maioria absoluta. É desta forma: permite-se a representação que se aumenta o número de deputados do parlamento, em um quadro completamente absurdo, para permitir a governabilidade.

Confesso que, por ser um sistema ainda novo, não tenho ainda uma ideia sobre como funcionaria um sistema desses porque, por um lado, a ideia de fazer entrar um conjunto de deputados que ninguém conhece no parlamento – o *Jack Point* – parece muito estranha, pois parece um sistema de pudim instantâneo; não consigo fazer projeções sobre o que seria este sistema em Portugal e muito menos no Brasil e terminaria entrando no semi presidencialismo, mistura de presidencialismo com parlamentarismo e que se dá, essencialmente, por estes três traços: o presidente é eleito por sufrágio universal, o governo é duplamente responsável perante o parlamento ou perante o presidente, podendo ser demitido pelos dois; e o presidente tem o poder de dissolver o parlamento.

O semi presidencialismo mais estável é o modelo francês, que foi concebido em sua origem para haver um presidente, um governo e um parlamento da mesma cor política. O presidente é eleito por sufrágio universal, depois o parlamento é eleito por um sistema majoritário também de voto distrital a duas voltas, a dois turnos, que cria uma aliança; não cria o bipartidarismo, mas cria um bipolarismo, alianças de partidos interdependentes – vários partidos representados, mas num quadro de alianças; o presidente é o chefe, no fundo, acaba por chefiar o executivo, sobretudo se for da mesma cor política. Neste contexto, o primeiro ministro existe, divide com o presidente o executivo, mas funciona como um coordenador de ministros porque o chefe de estado é o verdadeiro chefe do governo; e o sistema funciona bem quando opera nestes exatos termos.

Mas o que não funcionaria bem neste sistema e co-habitação é que, não sei se foi uma coisa pensada originariamente, que ocorre quando o presidente é eleito com uma determinada maioria de direita e o parlamento tem

uma maioria de esquerda e fica uma situação insustentável em que o presidente preside um conselho de ministros em que os ministros são do partido oposto e o primeiro ministro é do partido rival; é um quadro que lembra aquele filme da Júlia Roberts – Dormindo com o Inimigo. Isto foi o que, de fato, aconteceu com o presidente Mitterrand e o primeiro ministro Chirac, com o presidente Chirac e seu primeiro ministro Lionel Jospin, um conservador e outro socialista.

É inegável ser uma situação particularmente difícil o fato de um presidente chefiar por direito próprio o conselho de ministros de um partido rival. Cheguei, inclusive, a perguntar a um ministro francês como seria governar com um presidente, no caso, Mitterrand porque, sendo um conselho de conservadores, as políticas do governo são decididas à parte em reuniões privadas entre o primeiro ministro e os ministros. Na verdade, na co-habitação, o presidente da república é um adversário do governo e não parará enquanto não desestabilizar e desgastar o governo cujo conselho de ministros preside e escolheram um bom momento para dissolver o parlamento – este seria um quadro patológico.

E o que seria transpor este sistema para o Brasil? Teríamos, por exemplo, situações em que a presidente Dilma Roussef teria como primeiro ministro, por exemplo, Aécio Neves, ou teríamos um conselho de ministros em que o presidente Aécio Neves teria como primeiro ministro o Lula da Silva. Penso, então, que transpor o presidencialismo francês para o Brasil seria pólvora. Claro que ter-se-ia sempre o semi presidencialismo *softcore*, que é o semi presidencialismo português, em que o presidente reina, mas não governa. Aliás, estive por nove anos como consultor do presidente da república para assuntos constitucionais; agora, regressei à presidência do conselho de ministros e, de fato, como tem funcionado o semi presidencialismo português, dir-se-ia que melhor manter a carta constitucional outorgada por Dom Pedro, em que havia um poder moderador em Portuga. O país possui a tradição de que o presidente não governa, mas controla o poder, dissolve parlamentos, pode nomear o primeiro ministro de acordo com os resultados eleitorais, veta, promove o controle de constitucionalidade; por assim dizer, o sistema possui um fundo em que prevalece o complemento parlamentar – visão sombria para alguns colegas aqui presentes.

Fato é que os presidentes em Portugal não governam e, muitas vezes, não deixam governar. Para se ter uma ideia, o primeiro presidente, que era militar, o general Eanes fez a vida negra a esquerda e a direita e depois criou um projeto pessoal de poder de um partido político, que depois acabou pr desaparecer. Isto, realmente, foi um fator de instabilidade. O presidente Soares – muito querido no Brasil e mensos querido no setor em que eu faço parte - foi uma pessoa que se comportou como um verdadeiro líder da oposição aos governos do primeiro ministro Cavaco Silva, atual presidente e primeiro mi-

nistro que ficou durante mais tempo – oito ou dez anos em que a única coisa que o presidente Mario Soares fazia era colocar armadilhas no caminho do primeiro ministro.

Em seguida, veio um presidente que não se dava por ele porque o partido do presidente Sampaio estava no poder. Comportou-se, portanto, durante a maior parte do tempo, como um notário, depois, de repente, teve um espasmo e resolveu dissolver o parlamento quando a oposição ganhou as eleições com maioria absoluta, e o presidente Sampaio dissolveu o parlamento para fazer retornar o seu partido, que era socialista, ao poder. O atual presidente da república, que não é muito interventivo, no governo minoritário do engenheiro José Sócrates, fez, repentinamente, um discurso demolidor como o beijo da morte e, em alguns meses, de alguma forma caía o governo. Portanto, o semi presidencialismo em Portugal não parece ser um fator de estabilização e, consequentemente, não pode ser algo que deva ser recomendado ao Brasil.

Visto desta forma, ter-se-ia a versão anterior que não se presidia o conselho de ministros, mas haveria um presidente estabilizador; a única vantagem seria poder dissolver o parlamento. Mas numa situação atual no Brasil, poderia haver um mecanismo de disfunção parlamentar que, às vezes, ajudaria a ultrapassar o ciclo. O certo é que o único modelo parlamentar que, eventualmente, poderia se ajustar à idiossincrasia brasileira seria, por assim dizer, o britânico, com força de papel de primeiro ministro.

Não sei dizer se, eventualmente, há duas voltas no sistema, mas ele poderia dar origem a uma certa mexicanização de poder, porque quem ganharia, habitualmente, as eleições no sistema uma volta ou duas voltas seria o PMDB – haveria um prolongamento temporal de governos do PMDB, eventualmente, em coalizão. Não vejo outros estilos de parlamentarismo que possam prospetar e – sem ousar criar receitas – julgo que a matriz histórica do sistema político brasileiro tem sido o presidencialismo e, talvez, seja o presidencialismo que necessita ser aperfeiçoado no complemento eleitoral como um mecanismo mais constrangedor que reduza, por assim dizer, o número de partidos; não que os partidos pretendam fazer eutanásia e promover emenda a sua própria desaparição.

Eventualmente, no quadro de poderes de controle – talvez em nível de agilização de impeachment – nomeadamente por meio de um modelo não americano em que o Supremo Tribunal Federal possa ver designada uma cota dos seus membros, não através de intervenção do presidente; uma maior autonomia do Ministério Público, e outras formas de controle político do executivo pelas câmaras. Mas, enfim, isso são contas de outros usuários. Agradeço a paciência de todos.

OS PROBLEMAS ATUAIS DO SISTEMA DE GOVERNO – O CASO DA UNIÃO EUROPEIA NUMA PERSPECTIVA COMPARATISTA COM A FEDERAÇÃO BRASILEIR

Nuno Piçarra *

*Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Nova de Lisboa; Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa; Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Optei por analisar o tema dentro de outra perspectiva, tendo em vista que a qualidade e a abrangência das intervenções feitas pelos professores Manoel Gonçalves e Carlos Branco de Morais superariam qualquer outra tentativa, que seria apenas variação de tom menor. O tema a mim proposto - Os problemas atuais do sistema de governo – O caso da União Europeia numa perspectiva comparatista com a federação brasileira.

É uma constatação genérica, não consensual, a caracterização da União Europeia e a determinação de sua natureza jurídica. O mais apropriado é caracterizá-la como uma forma desenvolvida de Organização Internacional com características de uma federação embrionária. Nesta perspectiva, ela constitui, efetivamente, um termo de comparação interessante para a federação brasileira, apesar de a União Europeia ser desenvolvida e madura, ela e a federação brasileira partilham algumas questões estruturantes como as do pacto federativo, do sistema político e dos direitos fundamentais que, aliás, são objeto deste congresso. Para além disto, e num plano mais empírico, a federação brasileira e a União Europeia partilham o fato de terem um número quase idêntico de estados membros – 26 mais um, a primeira e 28, a segunda, quase a mesma extensão territorial com vantagem para o Brasil, fora o fato de os estados que compõem a federação brasileira e a União Europeia serem muito contrastantes no que se refere à população, à extensão territorial e ao grau de riqueza.

A descoberta pioneira da União Europeia como termo de comparação relevante para os Estados Unidos da América foi traduzida em contributos absolutamente inestimáveis de vários acadêmicos norte-americanos para a compreensão da União Europeia, muitas vezes por contraste, e alguns destes autores aparecerão mais adiante. Mais nada disto traz ao esquecimento que a União Europeia está longe de ser ou de se tornar um estado federado, constituindo antes uma nova forma de dominação política pós obsiana suscetível de evoluir em várias direções. Esta definição, avançada pelo norte-americano Philip Schmiter há mais de 20 anos, continua a parecer, particularmente, elucidativa. Neste contexto, convém também não esquecer que a União Europeia se encontra no ponto mais baixo de que há na memória, confirmado pelas divergências que se cavaram entre os estados membros e os eleitorados nacionais; primeiro a propósito da chamada crise do euro, e agora, as crises que se vem cavando em detrimento da grave e persistente crise dos refugiados provenientes, sobretudo da Síria e do Iraque, que chegam em número considerável na União Europeia.

Parto do conceito habitual de sistema de governo, definido como um modo pelo qual o poder político é dividido e exercido no estado, variando com o grau de separação de poderes entre os órgãos que o integram; alargado este conceito para a União Europeia, é que

isto tem que se explicar. Sem se confundir de todo em todo com o estado federal, a União Europeia exerce ainda amplos poderes de autoridade, inclusive, a de natureza legislativa, executiva e jurisdicional. Falo através de uma estrutura institucional complexa, pautada pelo princípio do equilíbrio, que mais não é o incontornável princípio da separação do poder, para identificação de alguns dos problemas do sistema de governo da União Europeia, atualmente.

Importa começar a caracterizar este sistema, sumariamente, concretizando a definição da União Europeia, que parte da lembrança que na gênese e na evolução belga sempre se tem tratado de direito internacional e não constituições em sentido formal do termo, aprovados em conferências intergovernamentais e entrado em vigor apenas após a retificação por todos os estados membros. As sucessivas revisões seguiram, escrupulosamente, o mesmo modelo e, se é verdade que o terceiro elemento do estatuto jurídico ou político fundamental da união, a carta dos direitos fundamentais já não teve uma gênese própria de direito internacional, mas de direito interno. A União foi aprovada pelos órgãos políticos que a compreendem e esta carta só adquiriu o mesmo valor jurídico vinculativo que os tratados por força da entrada em vigor do tratado em Lisboa.

Seja como for, sob esta perspectiva genérica, a União Europeia não pode deixar de caracterizar-se como uma organização internacional, e a forma desenvolvida que, progressivamente, vieram assumindo está ligada às características de uma federação embrionária. Retorno aqui à definição inicial, que os quiseram emprestar, mesmo depois de constatado que não haveria acordo entre os seis estados vencidos da segunda guerra mundial e os seus impérios coloniais, para seguir o modelo dos fundadores dos Estados Unidos da América.

Os tratados originários celebrados à época que se seguiu ao fim da segunda guerra mundial incluíram uma série de dispositivos destinados ao estabelecimento de uma relação direta, sem intermediação dos estados membros, entre cidadãos; primeiro na qualidade de apoiadores econômicos, e as três comunidades europeias instituídas como primeira etapa da federação europeia a que, expressamente se refere a declaração de Schumann, que esteve na base do processo de construção europeia. Entre estas soluções está a criação na estrutura institucional das comunidades europeia, hoje sucedidas e substituídas pela União, para além de um órgão representando, naturalmente, os próprios estados membros, o conselho de outro órgão representando naturalmente os estados membros, o conselho, de outro órgão representando grosso modo os cidadãos, o parlamento europeu, primeiro designado modestamente por assembleia parlamentar e, ainda, o outro órgão representado as próprias comunidades e o seu interesse geral, que é a comissão europeia.

Da ação conjugada destes órgãos, pautada por um princípio de cunho institucional, como já falado, resultariam atos jurídicos suscetíveis de projetar diretamente na esfera jurídica dos particulares de natureza legislativa e executiva, como se de direito interno e de natureza federal se tratasse, por imperativo; por outro lado, os princípios do estado de direito e da tutela jurisdicional efetiva, tais atos jurídicos estariam sujeitos ao escrutínio de um tribunal de justiça; designadamente, o parâmetro da repartição horizontal de competências com os estados membros ficava assim. Este é um fato digno da maior nota, liminarmente estabelecida a dualidade característica do estado de direito entre *gubernaculum* ou *gubernácio* e *jurisdiction*.

Tal como já se observou, uma das características apontadas era, por si só, o direito internacional inteiramente sem precedentes; a novidade dos tratados que estiveram na origem da União Europeia não residia numa ou noutra destas características específicas, mas antes, na sua presença cumulativa. O sistema de governo identificável a partir desta estrutura institucional complexa e original era bastante atípico e com pouquíssima correspondência com os sistemas de governo de uma federação madura, e isso apesar de ter em comum a vontade de representar em nível central ou em nível de União os atores principais de uma federação e os estados membros, os cidadãos e a própria União.

No entanto, o principal problema deste novo sistema de governo só viria a colocar-se a partir do momento em que a construção europeia deixasse de pertencer apenas aos seus agentes diretos, aos homens políticos, aos diplomatas e aos juízes como pertenceu, efetivamente, durante as três primeiras décadas de existência, para se tornar uma construção pública suscetível de ser devidamente escrutinada pelos eleitores e pelas opiniões públicas europeias. O nome deste problema é o famigerado déficit democrático, que tem sofrido uma considerável ilusão semântica. Na verdade, no sistema de governo em análise, a centralidade decisória manifestada através de, além do mais de natureza legislativa e executiva cabia, essencialmente, à também comissão europeia, órgão representante dos estados membros, e ao conselho, órgão representante dos estados membros em nível ministerial, mas também em nível diplomático e de altos ou especializados funcionários.

Fica evidente que é por isto que, ainda hoje, a forma que revestem as leis europeias, aquilo que são objetivamente leis europeias, remete para nomes de caráter tipicamente administrativo como regulamentos, diretivas e decisões. O parlamento europeu, originariamente eleito pelo parlamento dos estados membros, tinha um poder muito tênue, para não dizer, simbólico, embora os tratados que lhe tivessem atribuído desde sempre o poder de destituir a comissão europeia através da moção de censura inspirando-se em sistemas de governos parlamentares como, é óbvio. Todavia, este mecanismo não era acompanhado nem

por poderes orçamentais, nem legislativos característicos de qualquer parlamento em regime democrático, tão pouco que lhe era atribuída competência para a formação da comissão que ao final podia destituir.

Devido a isto, ao final da década de 70, a construção europeia passou a ser escrutinada sendo, generalizadamente, imputado um déficit democrático; a palavra-chave para tentar superar, para tentar reverter tal déficit democrático começou por se chamar parlamentarização do sistema de governo da União Europeia. Os traços mais visíveis desta tentativa, para ir direto ao essencial, encontram-se hoje consolidados no artigo 14, do Tratado da União Europeia e são os seguintes: o parlamento europeu é composto por representantes dos cidadãos da União Europeia, eleitos por sufrágio universal e direto, para mandato de cinco anos, o parlamento europeu exerce juntamente com o conselho a função legislativa e a função orçamentária, exerce funções de controle político e compete a ele eleger o presidente da comissão europeia, o próprio tribunal constitucional da Alemanha, quando chamado para decidir sobre a constitucionalidade do ato pelo qual ela se preparava para retificar o tratado da União, exprimiu claramente a necessidade de parlamentarização do sistema de governo.

Na acepção em análise, segundo o tribunal constitucional alemão, para ser legítimo cada alargamento da competência legislativa da União, através da revisão dos tratados, deve ser acompanhado por um adequado reforço da competência do parlamento europeu em nome do princípio democrático. Apesar de todo este processo de parlamentarização do parlamento europeu passar a aparente redundância, este órgão continua a não ser um parlamento como os outros; por um lado não se aplica o princípio *One Man One Vote*, na medida em que a representação dos cidadãos europeus está na expressão da citada disposição digressivamente proporcional, com um limiar mínimo de seis deputados por estado membro. Significa que, enquanto para a Alemanha é preciso quase um milhão de votos para eleger um deputado ao parlamento, em Luxemburgo, por exemplo, são precisos menos de cem mil para o mesmo efeito.

Por outro lado, em iniciativa do próprio parlamento europeu através dos seus deputados ou grupos parlamentares continua a ser muito seccional, tendo a comissão europeia um quase monopólio de iniciativa legislativa em nível de União. E se é verdade que o parlamento europeu foi o órgão que mais beneficiou, do ponto de vista de suas competências na revisão dos tratados da União, não deixa de ser muito significativo, por exemplo, que continue afastado e sem poder de escrutínio em relação ao chamado eurogrupo, composto por ministro das finanças dos estados membros da zona do euro e cujo papel tem sido crucial ao longo da crise do euro. Tal como se afirmou, quanto mais poder tem o parlamento europeu, mais indiferença popular parece gerar – afir-

mação do acadêmico norte-americano Joseph Weiler, cujo contributo para compreensão da União Europeia, enquanto fenômeno jurídico e político, é dos mais notáveis. Segundo o autor, o parlamento europeu não tem sido um instrumento real de integração europeia, isto porque perante os anseios originados por esta integração, consideradas as transformações de longo alcance que tem provocado na identidade dos estados membros e na própria União Europeia, o parlamento não tem sido o lugar em que os cidadãos expressam as suas preocupações.

Estas particularidades do sistema de governo continuam a merecer a atenção da melhor doutrina, que tem se debruçado, sobretudo sobre o binômio União Europeia, princípio democrático e sobre as possibilidades e os limites da compatibilização entre ambos os termos do binômio. Uma das análises mais controversas, sem dúvida, é a do professor Weiler que, com as razões indicadas, vale a pena recordar criticamente. Para ele a democracia, simplesmente, não faz parte da visão original da integração europeia aceita no messianismo político patenteado pela declaração de Schumann; nele, a justificação da ação e da mobilização não deriva do processo como uma democracia clássica dos resultados ou do êxito, mas do ideal perseguido que seria, nas próprias palavras do acordo, a contribuição que uma Europa organizada e viva pode dar à civilização, sendo indispensável para a manutenção de relações pacíficas.

Visto desta forma, o projeto político de integração europeia devia realizar-se através de um programa econômico, o estabelecimento de um mercado comum com base na sem dúvida, mas não na democracia que, segundo o mesmo autor não terá feito parte do ADN original da integração europeia e ainda se sente como algo que vem de fora. Neste contexto, Weiler conclui pela incapacidade de a União Europeia desenvolver estruturas e processos que repliquem ou traduzam adequadamente no seu seio os hábitos, mesmo imperfeitos, de controle parlamentar de governo e da responsabilidade política e administrativa enraizados em muitos estados membros. Para ele, as duas principais características de funcionamento de uma democracia falham, pois, os princípios da responsabilidade e da representação são seriamente postos em causa na estrutura e no próprio funcionamento da União Europeia.

De acordo com Weiler, na União Europeia não se dá mudança de governo porque não há governo para se derrubar; haveria uma governança europeia sem governo e não há nenhum momento em que os cidadãos possam influir diretamente nas decisões da União, e a cor política do parlamento europeu tem pouca incidência no exercício das competências legislativas e executivas da União. Em uma nota particularmente pessimista, ele coloca o colapso do messianismo político original da construção europeia

e a crise que atualmente se manifesta na União já era esperada.

Discordo de alguns aspectos essenciais do posicionamento assumido por Weiler que, em um contraste acentuado com as posições anteriores – que em si não tem nada de estranho – simplesmente, mudou de opinião. Nada mais natural que esta visão do autor tenha subjacente a ideia de matriz agalana e, também, a conservadora, segundo a qual o estado nação tem um quadro político insuperável para efetivação do princípio democrático. Acima dele, este princípio só poderia conhecer perdas e degradações – visão que não partilho por completo. Por outro lado, a posição do autor limita-se, bem vistas as coisas, a projetar no modelo de democracia maioritária da União Europeia, já abordado aqui pelos palestrantes que me antecederam.

Paradigmaticamente identificada, por exemplo, por em que os governos se sucedem em função das maiorias tendencialmente monopartidárias, formadas no parlamento em resultado de uma relativa simplicidade e homogeneidade política ou social subjacente. Ora, tal modelo, para além de ir rareando entre os estados membros, como já demonstrado antes, afigura-se incompatível com a União Europeia e com a enorme complexidade política ou social que a característica requer, sobretudo, o modelo de democracia consensual, também, identificado paradigmaticamente por *Leifert*. Neste modelo, como se sabe, o governo, longe de ser tendencialmente monopartidário, conjuga diversos partidos ou forças políticas na proporção em que estão representadas no parlamento; e isso como meio privilegiado de integração política de minorias muito diversificadas que, no final, também vão integrando os estados nações e que, de outro modo, acabariam por se sentir excluídas.

Por esta razão, outro observador notável do fenômeno União Europeia, Andrea Manzella, quando aborda o princípio democrático por referência à União Europeia, diz que é errôneo concebê-lo como centrado na representação. Para quem conhece a língua italiana, diz desta forma particularmente plástica: e de difícil tradução para o português. Na verdade, a democraticidade da União Europeia não pode ser exclusivamente avaliada pelo paradigma da democracia maioritária e ela própria, com já disse cada vez mais rara, também deve ser avaliada em função de formas de new *governance*, nova segurança.

No português de Portugal, governança tem um sentido muito pejorativo e é a mesma que a União Europeia vem experimentando nas formas dissociativas de dar um contributo importante para a democracia em nível de União Europeia e de uma modalidade de aprofundar que alguns venha designada por alguns norte-americanos por democracia epistêmica. O que importa é que os processos de nova governança encorajam, em geral, ou envolvem a participação dos atores diretamente afetados, *stakeholders*; em vez de meros representantes, e enfatiza a transparência, a abertura como

uma troca de informações e de aprendizagens na União Europeia.

Este é um método muito discutido da chamada coordenação aberta e, frequentemente, apresentado como um caso paradigmático de *neu governance*. Sem maiores envolvimentos, recordo apenas que esta *new governance* é um conceito desenvolvido para explicar uma série de processos e de práticas com dimensão normativa, mas que não operam primordialmente ou, sequer através de instituições jurídicas tradicionais do tipo comando e controle. Em outras palavras, o termo *governance*, mais amplo do que governo, assinala uma alteração do monopólio das instituições políticas e jurídicas tradicionais e implica, tanto o envolvimento de outros atores que não os governamentais clássicos, ou mesmo a ausência de qualquer quadro tradicional de governo.

Outra característica frequente nestes processos de *new governance* é a natureza voluntária e não vinculativa das normas; alguns resultados dela não são perceptíveis ao prisma da compreensão tradicional do direito e das suas fontes convencionais. Esta new *governance*, para além de ser um modo de apreciação e de aprofundamento no princípio democrático da União Europeia, também vem adquirindo um lugar relevante, tratando-se da implementação das políticas públicas da União Europeia, incluindo a garantia do respeito a determinados direitos de natureza constitucional.

A este propósito, saberão que a característica mais importante da União é a dependência dos estados membros, precisamente, para implementação das suas políticas públicas. E eles diferem muito de si quanto à capacidade e à prontidão para cumprirem, agora, na medida em que as políticas públicas da União vão abrangendo mínimos cada vez mais sensíveis relacionados, designadamente, à segurança interna e com privilégios setoriais e profissionais, a questão do não cumprimento dos estados membros torna-se extremamente crítica, Por esta razão, estar aberto é uma das questões que está na agenda de uma União Europeia conturbada, além da criação de um poder central de controle e de inspeção. Esta é uma questão das encruzilhadas: mais União Europeia, menos União Europeia, mas é um ponto, absolutamente, pendente na agenda europeia.

Neste contexto, cabe lembrar o grande historiador britânico Arnold J. Toynbee, cujo quadragésimo aniversário de morte aconteceu a menos de um mês, que possui uma passagem aplicável, tanto à federação brasileira como à União Europeia, embora pensada para os casos norte-americano e suíço, em que afirma que um estado federado funciona melhor se cada unidade que o compõe apresentar maior uniformidade na sua escala. Mas a história demonstra que a uniformidade na dimensão dos estados membros não constituiu uma condição indispensável ao êxito de um estado federal; a principal exigência não é esta, mas sim o

estabelecimento de uma relação direta entre o cidadão e o governo federal, acima do governo de cada estado, a sociedade do futuro – tradução brasileira de 1979, página 157.

Partilho a opinião que, talvez, seja impossível alcançar uma verdadeira federação na União Europeia composta por unidades políticas há muito estabelecidas com identidades nacionais e papéis distintos no sistema internacional, mas não tenho dúvidas de que têm havido grandes falhas no estabelecimento da tal relação direta entre o cidadão e a União Europeia, sem intermediação dos estados membros e sem essa ligação direta. Evidentemente, há um aspecto da construção europeia que está em perigo, e esta ausência de ligação direta ou esta deficiência na ligação direta entre estados membros e União é tal que o acentuado contraste entre os estados de dimensão, de população, de riqueza – ao contrário do vaticinado por Toynbee – começa a ser algo que põe em causa o êxito da própria União.

Segundo Toynbee, a diversidade entre os estados membros não é condição indispensável para uma federação funcionar bem, o que é indispensável é que haja, realmente, uma relação direta entre os cidadãos e a União. Precisamente, o que acontece na União, e é um dos problemas fundamentais, que essa excessiva intermediação dos estados membros entre os cidadãos e a União começa, de fato, a demonstrar que a diversidade no contraste entre os estados, represente a causa das dificuldades por que passa o próprio processo de integração europeu; acredito que neste ponto nada disso é com a federação brasileira, em que a relação está bem estabelecida. A verdade é que os contrastes entre os estados brasileiros são muito grandes, não sei se maiores ou quase tão grandes como na União Europeia, mas julgo não ser esta uma ameaça à federação brasileira. Com esta nota de otimismo termino minha exposição, e agradeço pela atenção.

2

ESTADO, JURISDIÇÃO E REGULAÇÃO

A IDEIA DE REGULAÇÃO E DO ESTADO NO MOMENTO CONTEMPORÂNEO

Dias Toffoli*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Ex-Ministro e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral; Ex Advogado-Geral da União.

Agradeço mais uma vez o convite honroso do IDP, do Ministro Gilmar Mendes e de toda sua equipe; cumprimento o professor Rodrigo Mudrovitsch – presidente da mesa – pelo convite formulado. Destaco a importância deste congresso internacional, que já se encontra em sua décima oitava edição e cumprimento os colegas Teori Zavacski e o professor Marçal.

A abordagem geral em torno do tema da Regulação e do Estado no Momento Contemporâneo será bastante útil para que, depois, outros expositores possam detalhar um pouco mais sobre ele no que se refere ao próprio tema da jurisdição. Darei maior enfoque à ideia de Estado, regulação e ao desenvolvimento; esclareço que, devido aos compromissos no Tribunal Superior, me ausentarei antes dos debates acontecerem.

Segundo economistas brasileiros e estrangeiros, aumenta o número de países que têm transitado rapidamente do estágio de recessão para o de depressão. O renomado professor da Universidade de Nova York, Nouriel Roubini, afirma que, para além do PIB – Produto Interno Bruto, avulta-se a possibilidade de colapso do sistema econômico internacional, sendo desenvolvidos ou não. Para se ter ideia, a dívida pública norte-americana ultrapassa a casa de quinze trilhões de dólares há mais de meia década, equivalendo hoje a 102% de seu PIB; o PIB de 2014 dos Estados Unidos na ordem de 16,9 trilhões e a dívida pública na ordem de 17,05 trilhões de dólares, em dezembro de 2014.

A despeito da dívida pública federal brasileira, ela chegou, no final de 2014 à casa de 2,2 trilhões de reais, que equivalem a 59% do PIB brasileiro, e há a projeção de que, para o final deste ano, em razão dos juros, esta dívida pública chegue à casa dos 70% do PIB, um salto, portanto, Rodrigo, de 11% entre o final de 2014 e o de 2015. Embora o estado brasileiro esteja gastando mais em todas as áreas governamentais, em especial no âmbito federal, todos sabemos que poucos têm sido os investimentos de qualidade, aqueles capazes de conferir maior eficiência aos serviços e atividades públicas ou de propiciar adequado desenvolvimento ao estado brasileiro.

Estas considerações iniciais, diante dos enormes desafios que o tema deste painel traz para aqueles que aqui irão debater – não se tratam apenas de um debate conceitual sobre a noção de estados, ou mesmo, sobre qual seria o sistema regulatório adequado, mas vão além, porque o maior complicador é definir qual modelo de estados e de sistema regulatório que o país pode trilhar em um processo positivo de desenvolvimento.

É evidente que não há uma única resposta para este tipo de questionamento, na medida em que o país deva definir o seu projeto de desenvolvimento e que deva ser, prioritariamente, pelo viés econômico, político e social ou uma síntese de todos eles. Se pensada a situação dos dois países mais ricos do mundo, Estados Unidos da América do Norte e China, existiriam discussões acaloradas sobre os níveis de

desenvolvimento em cada um deles; qual modelo seria o melhor, o norte-americano, fundado na democracia de consumidores ou o chinês, fundado no modelo atual de moderno mandarinato, mencionado em uma obra considerada uma das melhores obras do ano de 2012 pelo Financial Times – Governança Inteligente para o Século XXI – de Nicolas Berggruen e Nathan Gardels, da Editora Objetiva.

O tempo, é claro, não permitirá um aprofundamento nos temas, entretanto, parece-me pertinente partir de algumas premissas negativas, ou seja, aquilo que não será levado em consideração. De imediato, não será levada em consideração a crise sistêmica mundial, seja ela de âmbito econômico interno ou internacional, seja ela causada por déficit nos processos democráticos; não serão abordadas as ondas protecionistas extremadas ao comércio internacional, e a resistência ao livre comércio; e também não será considerada a variável da aplicação da crise de crédito de países em desenvolvimento. As crises serão afastadas de minha fala porque elas subvertem as prioridades, subvertem a ordem das opções passíveis de serem abordadas, tanto as técnicas, como as políticas, a depender do nível; na crise não se fala de desenvolvimento, mas de sobrevivência. I

Isto não quer dizer que na crise não se possa adotar uma política que leva ao desenvolvimento, basta lembras as opções feitas em momentos de crise por alguns países asiáticos ou por alguns países que se ergueram em períodos pós-guerra. Aliás, sempre há lições a serem extraídas das crises, entretanto, em circunstâncias como estas, a prioridade será sempre a sobrevivência. Neste sentido, as observações em torno do tema, O Estado, Regulação e uma Necessidade de uma Agenda Desenvolvimentista, serão feitas sobre o prisma da normalidade.

Não resta a menor dúvida de que já foi superado o debate acerca da opção por um estado mínimo, ou ao revés por um estado intervencionista, aliás, nem mesmo nos países que foram o berço da proposta de estado mínimo. Esta tese prevaleceu de forma pura, mesmo nos Estados Unidos, onde se tentou a prática de propostas radicais de desregulamentação, em especial, após as crises das décadas de 30 e do início do século XXI, reconhece-se que os liberais haviam "envenenado sua própria água" ao permitir que os empresários fraudadores vencessem os empresários honestos. Por outro lado, do estado predador ou excessivamente protetor também não deu certo, tendo muitos deles passado por períodos de perda de vínculos democráticos, o fato é que não há como o estado não intervir nas atividades privadas, em especial na economia, na medida em que está imbricado nela e no dia a dia da sociedade. É evidente que a regulação é um instrumento imprescindível para a sobrevivência de qualquer nação, no entanto, ela só é positiva se tiver como objetivo último atender a uma perene agenda de desenvolvimento.

Rapidamente, abordarei quais seriam os três principais objetivos a nortearem a regulamentação estatal em nosso país. Primeiro, a regulação há de evitar fraudes nas atividades privadas e públicas, e evitar que, na disputa do mercado, essas fraudes possam beneficiar empresas e corporações desonestas em detrimento daquelas que procuram atuar dentro das regras do jogo estabelecidas pelo estado, e também impedir as fraudes nas relações entre o poder público e o poder privado; segundo, a regulação deve propiciar a eficiência das atividades e a governança; terceiro, a regulação deve viabilizar o desenvolvimento – ela não pode ser um fim em si mesma, não se criar mais estruturas burocráticas que mais emperram o desenvolvimento, que mais criam dificuldades, que mais atrapalham, e que acabam criando maior nível de jurisdicização da vida econômica do país. Com falei, aqui serão abordados tanto o aspecto da juridição, o da regulação do estado e do seu desenvolvimento.

Cabe esclarecer que a expressão *business exercises* não possui mais, nos dias atuais, razão de ser, pois, é senso comum entre os economistas que sos mecanismos atuais de regulação são obsoletos, lentos e pouco efetivos, em especial, no que diz respeito à área financeira. Não há dúvidas, inclusive, de que o estado volte a ocupar uma oposição central necessária para propiciar uma governança interna equilibrada e definir as relações externas, como já foi afirmado pelo Dani Rodrik, da Universidade de Harvard.

A regulação funciona como instrumento para evitar as fraudes entre as atividades privadas e nas relações do setor privado com o setor público. Sobre esta questão, não poderia deixar de salientar a necessidade de programas de prestação de contas; na área pública, a *Accountability*. Estes programas implementam os códigos de ética e buscam, intensamente, promover o cumprimento de regras de conduta dentro das empresas, a fim de que seja alcançada a boa governança corporativa.

Como todos sabem, na maioria dos países europeus, assim como nos Estados Unidos, tem-se criado importantes estratégias em programas governamentais. No Brasil, a Lei 12846, de 2013, denominada de uma forma simplista de Lei Anticorrupção, estabeleceu a obrigatoriedade de as empresas do setor privado implantarem programas de integridade, a fim de evitarem a corrupção contra o poder público. Muito temse lido nos jornais diários denúncias, escândalos etc, que passam a impressão de um completo descontrole com o enorme desmando.

Quem estuda a história econômica e financeira mundial sabe e tem o deve de lembrar que, no passado, as coisas eram muito piores. Até 1977, professor Marçal, na legislação norte-americana, foi o presidente Carter que encaminhou ao congresso, por meio de seu partido político, uma mudança normativa. Até 1977, Teori, a propina paga pelas empresas americanas a agentes políticos públicos ou agentes privados de outros países era dedutível do imposto de renda declarado pela empre-

sa americana e podia ser lançado como custo não dedutível do imposto pago pela empresa. Cabe reiterar que era permitido que a propina recebida fosse lançada como custo não dedutível do imposto de renda da empresa pago a pessoas fora das fronteiras dos Estados Unidos da América. Seria, neste caso, indutora da expansão das corporações americanas fora do país.

O então presidente à época – Jimmy Carter – foi quem mudou isto e, a partir do final de 70, todo o mundo ocidental, seja através de legislações internas, seja através de tratados internacionais, a necessidade de se estabelecer um maior vigor em relação às governanças das empresas do setor privado e dos agentes políticos no setor público. Chamo a atenção para este momento para não se ter a impressão de estarmos a viver no fundo do poço, porque todo o acontecido resulta da criação de mecanismos, normas e regulações que passaram a controlar os desmandos ocorridos no passado e que diminuem na medida em que são mais controlados.

A lei 12846 – Lei de Licitações – é um exemplo deste controle, porque a empresa só pode participar na obtenção de concessões se tiver um programa *Compliance* eficiente, ou seja, que seja comprovado, no olhar do poder concedente, que existe um real controle de risco de gestão na própria empresa. No entanto, percebe-se uma contradição no sistema, pois o estado brasileiro exige dos licitantes do setor privado que tenham programas eficientes de controle interno, mas ele próprio investe muito pouco nos seus sistemas de governança. Claro está que os programas existentes têm-se mostrado genéricos e, muitas vezes, apenas e tão somente repetem os textos legais, sendo necessária uma agenda de vontade política para implementá-los internamente.

Obviamente, não é a lei de Improbidade Administrativa que muda o *status quo*, mesmo sabendo que essa Lei 8429, de 02 de junho de 92, trouxe avanços na sanção dos ímprobos, mas é inegável que ainda há muito o que mudar no comportamento das atividades públicas, há muito o que caminhar quando se pensa nos aspectos preventivos e de mudança de comportamento. Para mim, um dos grandes desafios do estado não reside apenas em criar um sistema de controle, mas sim, em organizar-se de forma sistêmica e alterar suas práticas diárias adaptadas à realidade estatal, de modo a promover uma boa governança, a desburocratização e o combate à corrupção, possível com os programas de *Compliance* voltados, especificamente, para om poder público – *Public compliance*.

A Itália traz um bom exemplo da lei anticorrupção, que, com a promulgação da Lei 190/2011 – *Law Anti-Corruption* – tem-se mostrado efetiva na prevenção da corrupção mediante o uso de um modelo de auto regulação da própria administração pública. A incorporação e a exigibilidade do cumprimento de códigos de ética específicos emponderam o controle interno a ponto de torna-lo mais forte e eficaz para o setor administrativo. Nos Esta-

dos Unidos, por exemplo, a *Foreign Corrupt Practices Actc*, de 1977, e a *Ethics in Governement Act*, estabeleceram importantes marcos regulatórios na estruturação da ética pública; e olha que minimizar os casos de corrupção na área pública deste país é praticamente impossível; sem desmerecer os órgãos de controle existentes, as controladorias, as agências reguladoras ou mesmo os tribunais de conta; muito menos o sistema de justiça que está voltado para uma atividade sancionatória.

É evidente que todos têm a sua competência bem delimitada e têm realizado importantes trabalhos nesta área, mas há que se personalizar os sistemas de governança dos diversos órgãos públicos e criar um sistema mais eficiente de controle e de responsabilização internos. Destaco aqui um fato ocorrido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professor de direito constitucional, intelectual invejável, no Largo de São Francisco. Em 1987, quando estava Advogado Geral da União, pedi um levantamento de todas as multas, ministro Teori, que as agências e as autarquias com poder de fiscalização – INCRA, FUNAI, IBAMA tinham - que foi aferido, somado e totalizado em 20 bilhões no ano de 2008. Se havia um dano ambiental, o IBAMA ia lá e multava, abria um processo administrativo; uma empresa aérea que descumpriu algum parâmetro regulatório, a ANAC ia lá e multava, abria um processo administrativo; uma empresa da área de telefonia que descumpriu com seus compromissos contratuais de concessão, a ANATEL ia lá, aplicava multa, abria um processo administrativo, mas ninguém cobrava estas multas.

Fica perceptível que o setor privado, literalmente, dava de ombros para os agentes regulatórios, sequer era inscrito na dívida ativa e o estado brasileiro não tinha um esquema de execução destas multas administrativamente já transitadas em julgado. Coloco em xeque quem aqui não tenha assistido em jornais ou lido na imprensa escrita que determinada empresa foi multada em um milhão ou dez milhões de reais, mas nada mudara.

Em 2008, criei um sistema centralizado na Procuradoria-Geral Federal, que presta a consultoria e a representação jurídica nas cortes, nos tribunais e nos juízos – Procuradoria-Geral Federal de inscrição dessas multas administrativas na dívida ativa; uma vez não paga a sua execução judicial, e o simples fato de inscrever na dívida ativa já levou a um enorme recolhimento dessas multas, criou, então, ao longo da segunda metade da década de 90, um enorme sistema regulatório, Marçal.

Tem-se a área jurídica escrevendo um monte de coisas, livros, críticas produzidas pela academia; o estado discute os sistemas regulatórios, só que ninguém sancionava, aplicava multa, abria um processo administrativo para garantir o contraditório, mas depois que tudo isto terminava, ninguém cobrava. Certamente, era uma regulação de faz de conta, e como cobrar vinte bilhões da noite para o dia sem um sistema de cobrança, sem regulação. Agora, se o agente privado que descumpre

uma norma no seu setor, que é concorrencial, e o outro que cumpre esta norma passa a ter custos maiores; ela falaria, então, que, se não terá consequências, irá descumprir a norma.

Caso clássico é daquela pessoa que, acostumada a andar de avião, percebeu que, de uns tempos para cá, os voos passaram a ser muito mais pontuais do que antigamente, porque as multas cobradas pela ANAC passaram a ser cobradas em todos os setores; esta é a regulação como propulsora da eficiência das atividades da boa governança; além do que já foi falado, a gestão pública que preserva os bons valores deve, também, buscar a eficiência, por meio de um sistema regulatório sancionatório e não, simplesmente, executar com zero de eficiência.

Fica evidente que a máquina pública está engessada e, no Brasil, Paulo Gonet, há o fato de as instituições se acharem representantes do estado; assim, você pergunta para alguém da receita o que ele é e ele afirma que é Receita Federal, ele não é estado brasileiro; pergunta para alguém da ANATEL e ele responde ser ANATEL e não o estado brasileiro. Estas agências, estes órgãos, estas autarquias ficam disputando e não interagem, são nichos fechados, ensimesmados e que não trabalham de maneira coordenada em prol da eficiência, que se fosse algo natural, não precisaria ser regulada pela Constituição.

No que toca à eficiência no Brasil, ela necessita urgentemente de um sistema que promova uma efetiva melhoria dos serviços públicos. Em recentíssimo trabalho publicado pelo movimento Todos pela Educação, no qual foram analisados dados estatísticos de 2013/14, verificou-se que, hoje, apenas 45% das crianças concluintes do terceiro ano do ensino fundamental estão alfabetizadas, 45% das que terminam o terceiro ano – que correspondem ao primário na minha época – estão alfabetizadas. Isto significa que mais da metade das crianças de 8 anos de idade no nosso país, 55% que deveriam estar plenamente alfabetizadas, não alcançaram o direito fundamental à educação; um dever do estado e no qual são colocados enormes recursos. E isto passa como se fosse a coisa mais normal, justificado pelo pouco salário do professor e pela falta de recurso do estado fica difícil busca a chamada eficiência.

O cenário do ensino médio é bem pior, pois, somente 9% dos jovens que hoje concluem o ensino médio possuem habilidades básicas para lidarem com a matemática como adicionar, subtrair, multiplicar e dividir, daí para frente fica difícil; 91% daqueles que terminaram o ensino médio não aprenderam estas noções básicas. É uma pena que o curto tempo não permita falar sobre as dificuldades de eficiência do estado em outras áreas.

Os serviços públicos de natureza econômica possuem um regime protetivo definido no código de defesa do consumidor, desde que em conformidade com os artigos segundo e Caput do parágrafo segundo da Constituição. No Código de Defesa do Consumidor é preocupante o fato de ainda não ter

sido aprovada uma lei conforme o previsto no artigo 175, inciso II da Constituição, que dispõem sobre o direito dos usuários dos serviços públicos. O engraçado é que se tem um código de defesa do consumidor, nas relações do cidadão com a área privada, mas não se tem o que é previsto no artigo 175, II, uma lei de defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos. É inegável que uma boa governança passa, necessariamente, pela ideia de uma governança participativa e o mundo contemporâneo encaminha-se para isto.

Se for pensada a evolução do conceito de governo, um governo de administração pública, a relação cidadão, estado se dá pela obediência à responsabilidade da administração superior e dos políticos, os princípios orientadores, o cumprimento de lei e de regras e de critérios para o sucesso, os objetivos quantitativos – atributo chave, imparcialidade. Em um momento de transição chamada de nova gestão pública a relação cidadão/estado se dá pelo credenciamento, a responsabilidade da administração superior acontece através de seus clientes, dos seus usuários, observados os princípios orientadores eficiência/resultado, critérios para o sucesso, objetivos qualitativos, tendo como atributo chave o profissionalismo. E o mundo assim caminha.

Indubitavelmente, para uma governança participativa em que a relação cidadão/estado passa a ser de empoderamento do cidadão, a responsabilidade da administração superior é do próprio cidadão; no sistema democrático, eles são os atores da democracia, os princípios orientadores, responsabilidade e transparência – critério para o sucesso. Ter uma atividade que leve a este sucesso, que possa permitir este sucesso, o atributo chave é a participação. Fato é que o processo evolutivo é real.

Certamente, há um processo evolutivo, porque ficou para trás a administração pública nacional – *public administration* e se está saindo de um sistema de gestão pública – *new public management* – fundada numa visão privadística para o ingresso, ainda que de forma vagarosa, em uma governança ou administração participativa, alusão feita há tempos pelo professor José Afonso da Silva e denominada, mundialmente, *Responsability Governement*, baseada em transparência, respeito aos processos democráticos, e na oitiva ou na participação direta dos cidadãos.

A despeito do que sustentam alguns no sentido de que este tipo de gestão seria lento e ineficiente, há vários casos concretos que demonstram o contrário: Finlândia, Suécia, Noruega, Bélgica, Canadá e Dinamarca adotam este tipo de modelo de forma mais contundente, e os resultados são positivos. Não é demais lembrar que os institutos e os princípios da democracia participativa foram acolhidos por nossa carta constitucional de 1988. Conforme salientei em outras oportunidades, a regulação, para atender uma agenda desenvolvimentista, a ausência de uma elite nacional, que pense o Brasil como um todo, e viabilize o seu desenvolvimento

social e econômico é um nó górdio no desenvolvimento da nação.

Uma interessante iniciativa, que poderia ter trazido efetiva transformação positiva para o país, foi a criação do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, instituído pela lei 10.683, de 28 de maio de 2003, ao qual competia assessorar o presidente da república na formulação de políticas públicas de reformas estruturais e no desenvolvimento econômico-social que lhe fossem submetidas pelo Presidente da República, com vistas à articulação das relações de governo com representantes da sociedade. Infelizmente, dentre outras causas por uma ausência de articulação, boa parte dos efeitos esperados com a criação deste conselho de desenvolvimento econômico-social. É que, nos últimos anos, não houve maior avanço, pelo contrário, nos últimos cinco anos houve uma imensa desmobilização, sem, ao menos uma reunião deste conselho.

Em 2005, uma agenda nacional de desenvolvimento deliberada por este conselho, com a participação de empresários da indústria, do comércio, da agricultura, da área de serviços, de trabalhadores das várias áreas, de acadêmicos, de intelectuais, lançou a agenda nacional do desenvolvimento, de acordo com o momento vivido naquela época no cenário mundial, buscando, primeiro, a redução de desigualdades, a defesa de um estado ágil e democrático, um fortalecimento do mercado interno com o dinamismo e a capacidade inovadora, a promoção de investimentos em infraestrutura econômica e social, a construção de um sistema de financiamento eficiente e de uma estrutura tributária nacional simplificada, a garantia de uma segurança cidadã e, por fim, a solidariedade entre os entes federativos.

Pode-se afirmar que, dez anos depois, todos estes pontos estão numa situação bastante triste, os entes federativos estão numa situação de crise econômica, muitos estados não terão como pagar décimo terceiro, os municípios estão sem recursos, a questão da segurança precisa ser repensada, a construção de um sistema de financiamento eficiente e de uma estrutura tributária simplificada e racional; enfim, não se chegou a lugar algum. A agenda desenvolvimentista precisa fincar ações de curto, médio e longo prazos, com cronogramas específicos sob pena de se permanecer em uma nau sem leme por mais tempo do que o necessário.

A título de conclusão, acentuo que, a despeito deste período de crise profunda em diversas esferas, fiscal, econômica, na gestão pública e na gestão política, existe a necessidade de se ultrapassar a visão simplista e buscar soluções que não sejam apenas de curto prazo. O país precisa fazer as melhores escolhas para um futuro tangível, pois, os brasileiros merecem um país desenvolvido, econômica e socialmente estruturado em valores éticos e que, efetivamente, tenham sido debelados os desmandos.

Ignacy Sachs, economista polonês, naturalizado francês, mas que se diz brasileiro de coração, sempre dizia, a

crise é uma enorme avenida, e o Brasil pode pavimentar nela o seu futuro. No século XXI, qualquer crise é um tranco, mas é também um hiato de reflexão e de escolhas obrigatórias; este país, o Brasil, tem o que escolher, não está tangido por imposições. É o momento de se fazer reflexão, de debater, com um congresso como este, tendo em vista a possibilidade de construção de uma nação realmente merecedora deste nome, de uma verdadeira nação à altura do seu tamanho e do tamanho de seu povo.

ESTADO, JURISDIÇÃO E REGULAÇÃO ESTATAL

Marçal Justen Filho*

*Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP; Graduado pela UFPR; Ex professor titular da Faculdade de Direito da UFPR de 1986 a 2006; Autor de diversos livros como: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Curso de Direito Administrativo e Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.

Manifesto o meu agradecimento e minha honra por participar deste evento e de ter a possiblidade de adquirir conhecimentos e compartilhar meditações. Saúdo todos os participantes e especialmente os organizadores do evento. O tema gira em torno da regulação econômica no Brasil, a ideia é de estabelecer uma relação entre direito administrativo e direito constitucional.

Em 1924, Othon Maia dizia que o direito constitucional passa e o direito administrativo fica. Esta é uma meditação no sentido da dificuldade de transformar, em última análise, a ordem constitucional numa realidade efetiva e prática, na medida em que o direito administrativo acaba sendo um instrumento material, por meio do qual, grande parte da Constituição é implementada. Portanto, é mais fácil mudar uma Constituição do que mudar a prática administrativa e o próprio direito administrativo.

Isto é comprovado pela experiência brasileira de hoje, com uma Constituição que tem enormes virtudes, que se funda na concepção da supremacia dos direitos fundamentais, que pretende construir uma nação fundada em valores muito significativos. E nós nos deparamos com direito administrativo que ainda engatinha e reflete concepções que são anteriores a esta orientação, que se fundamentam, por exemplo, na concepção da supremacia do interesse público. Que claramente, é compatível com uma ordem jurídica constitucional distinta daquela que hoje vigora ou pelo menos não é possível, nós compreendermos a supremacia do interesse público sem a sua estrita conjugação com a supremacia dos direitos fundamentais.

Na medida em que, os direitos fundamentais são, efetivamente, o modo de proteção e de garantia de certos valores que precisam ser conjugados com qualquer noção de supremacia do interesse público, é necessário, portanto observar como o estado brasileiro está com a administração pública brasileira. Como encontra enormes dificuldades em produzir uma implementação do direito constitucional tem de orientar na implantação desta nova ordem.

Há uma clara opção por uma solução regulatória para a implementação dos fins que o estado pretende obter no âmbito, especificamente, considerado da atividade econômica. Trata-se de que o estado, a Constituição define os fins a serem atingidos. Estes fins precisam ter relação, basicamente, com o desenvolvimento econômico e social, com a realização de valores fundamentais. E, ao invés, do estado aplicar direto e imediatamente os recursos na execução das atividades necessárias, ele recorre à iniciativa privada para conseguir realizar estes valores e atribuir competências, poderes e autonomias a iniciativa privada. Impondo uma regulação para indicar por meio desta palavra uma intervenção no âmbito da autonomia privada, conformando autonomias, criando incentivos, valendo-se de mecanismos sancionários, de modo a obter uma produção dos valores fundamentais consagrados constitucionalmente, sem a necessidade da apli-

cação dos recursos estatais, da criação de serviços diretamente, estatais.

E a isto, se chama, basicamente, de estado regulador. Que envolve a ideia que o consenso entre os diversos setores da sociedade é essencial - a chamada intensificação da consensualidade. Isto propicia, inclusive, resultados muito mais satisfatórios em termos de eficiência pela redução da litigiosidade geral. Interessante é que este modelo produz um alívio ao poder judiciário.

A experiência regulatória brasileira, obviamente, sempre existiu. E o estado sempre exerceu competência regulatória; no Brasil, a tomada de posição consciente e definida relativa ao modelo regulatório só vai acontecer a partir dos anos 90. E isto é feito com introdução de certos mecanismos estruturais na ordem jurídica como dispensáveis à execução deste modelo regulatório: como as agências reguladoras independentes, a redução da atuação estatal direta, a generalização de institutos jurídicos destinados a assegurar a exploração de certas alternativas por parte da iniciativa privada; iniciativas como a retomada do programa de concessões e serviço público, a criança de um modelo de PP, e a generalização de autorização para a iniciativa privada assumir tarefas que, até então, eram consideradas como serviço público.

Como resultado da atuação estatal direta, isto vem se incrementando ao longo dos últimos tempos. A noção de serviço público vai sendo reduzida no âmbito estatal brasileiro, de tal modo, que hoje se encontram menos exemplos de serviços públicos que vão sendo substituídos por uma exploração privada sobre o regime de autorização. Podemos citar como exemplos, telefonia celular, os portos, transporte rodoviário de passageiros interestadual, internacional. Tudo isto deixou de ser serviço público nos últimos anos no Brasil para ser uma atividade uma atividade aprovada e autorizada.

Isto tudo reflete, relaciona-se a um projeto, a uma grande concepção de gestão de recursos nacionais orientada, em última análise, realizar os valores constitucionais por meio da conjugação, da intervenção regulatória estatal, e da iniciativa privada. No entanto, o que nós verificamos nos últimos anos é que isto vem se agravando intensamente nos últimos períodos. A frustação das expectativas e um insucesso do modelo se traduzem, claramente, no tópico mais relevante para a implantação do modelo regulatório estatal, que é a questão de infraestrutura.

Aspirava-se que as infraestruturas econômicas no Brasil virassem uma enorme expansão, não por meio da atuação direta do estado, da inversão dos recursos estatais, mas sim, por meio da aplicação de recurso privados dentro de uma concepção regulatória. A situação prática que todos nós constatamos é a enorme dificuldade, a frustação desta expectativa, a ausência de infraestruturas adequadas e satisfatórias do Brasil. Além disto, acompanhada por uma judicialização de controvérsias quase insuportável, litígios que se multiplicam da iniciativa pri-

vada e estado, abarrotando os tribunais com novas causas.

Em última análise, pretendem que o poder judiciário substitua ora o legislativo, ora o próprio executivo, e tome decisões que, em princípios, seriam próprias da administração pública. Esta situação envolve uma necessidade de revisão de práticas governamentais, como um requisito indispensável da continuidade deste modelo regulatório com o qual nós convivemos. Nossa experiência, dos últimos tempos, evidencia a ocorrência de defeitos que são implacáveis, no sentido de que, os efeitos desses defeitos são inevitáveis e insuportáveis.

O primeiro desafio é a questão ideológica. Há uma controvérsia ideológica sobre a privatização, ainda existe a disputa sobre o cabimento ou não da privatização. Existe a necessidade pela crise fiscal, ausência de recursos públicos suficientes para manter as infraestruturas como públicas. Ela é precedida pelo modelo regulatório, mas não por uma alteração ideológica, ou seja, continua se pressupor que haja um certo desvio, digamos assim, na privatização, Se há desvio na privatização, não é o modelo desejável, o modelo regulatório é como um mal necessário, solução desejável e, portanto, deve ser tratado com uma certa antipatia. O resultado é uma tentação estatal de conjugar a privatização e o modelo regulatório com a preservação de competências que seriam típicas da própria manutenção do estado como autor primordial, como agente fundamental do cenário econômico.

Temos, então, a criação de modelos que são, tendencialmente, monstruosos, investimento privado e controle estatal. O exemplo mais característico é dos aeroportos privatizados no Brasil. Como nós sabemos, até pouco tempo, se reportava que a privatização de aeroportos era, absolutamente, impensável no Brasil. Uns dos últimos setores de serviço público que foram objeto de privatização foram os aeroportos, diante da constatação de que se não houvesse alguma providência prática, o Brasil pararia.

Diante disto, criou-se um modelo, que não tem paralelo, e que na prática é ausência de modelo. O modelo brasileiro é o seguinte, concede-se a concessão a uma empresa privada com participação de capital estatal, o estado tem 49.9% da empresa, o particular tem 50.1%. Esta empresa, que é uma empresa privada, tem uma participação intensa, ainda que haja um acordo de acionistas do poder público. Esta questão do aeroporto não é a pior, o problema é a regulação do setor, porque dentro do aeroporto convivem Receita Federal, Polícia Federal, convivem organismos estatais de controle de ingresso de produtos orgânicos e não orgânicos. No Brasil, tudo isto funciona, autonomamente, dentro de um aeroporto. A agência reguladora, ANAC, que regula atividade de cunho aeronáutico e todas as demais são atividades são reguladas autonomamente, por autoridades que não têm nenhuma coordenação entre si.

Com o resultado da privatização, o concessionário do aeroporto se vê diante

da multiplicação das decisões mais estranhas, contraditórias e conflitantes, sem que ninguém diga quem manda. Quem manda, manda na Polícia Federal, na Receita Federal, manda no órgão de controle fitossanitário. Não se sabe sequer, quem é órgão policial para colocar uma multa no automóvel que estaciona na frente do aeroporto. A Polícia Federal e a Polícia Militar dizem que não é delas a função de multar. Faz-se uma enorme confusão e cada dia temos novas regras sem nenhuma coordenação.

Os aeroportos continuam ali, e nós, usuários nos deparamos, permanentemente, com aquele caos, supondo que alguém manda. Todo mundo manda, e ninguém consegue encontrar uma solução razoável. Temos uma bomba relógio que é o pedido de indenização do futuro concessionário, no instante em que houver a extinção da concessão em vista da multiplicação de novos encargos que não tinham sido previstos originalmente. Estes novos encargos serão objetos de um pleito de recomposição da equação, porque se trata de uma concessão de serviço público. Portanto, ou você resolve, ideologicamente, a questão ou você encontra um modelo que harmonize as diferentes concepções políticas, na verdade, teremos uma forma oculta de manter uma situação, ou melhor, neste outro caso, seria nem ter feito uma privatização.

O segundo desafio é a questão essencial, talvez mais evidente para um estudioso de regulação em qualquer situação, que é a preservação da imparcialidade regulatória. Quando você pretende um modelo regulatório, pretende a consagração de uma regulação fundada em uma autonomia da autoridade competente para editar a disciplina normativa. Esta tem de ser de tal modo que as variáveis políticas não se reflitam nas decisões regulatórias.

Inicialmente, no Brasil, esta questão concebeu um modelo destinado a ter autoridade, uma autoridade reguladora independente, e isto foi se comprometendo com o passar do tempo. Foi acontecendo, de tal modo, que no cenário atual há uma confusão intensa entre decisões técnicas e decisões políticas. O que ficou evidente na última situação da licitação da telefonia 4G no Brasil, em que a autoridade ministerial editou um ato determinando que se instaurasse a licitação para outorgar desta autorização a autoridade independente.

O problema não é só determinação da autoridade política, o problema é que a viabilidade técnica da implementação deste novo tipo de atividade dependia, como depende ainda, do preenchimento e do exaurimento de uma pluralidade de formalidades técnicas. Trata-se da onda de rádio que é utilizada, e foi utilizada em todo o mundo, para a transmissão do sinal de televisão analógico em todos os lugares do mundo.

Em um primeiro instante, a televisão utilizou-se de uma determinada faixa de onda, hoje, a televisão digital permite que se faça uma transmissão de sinal de um modo muito mais satisfatório por outras vias. No entanto, como o Governo Federal precisava, ano

passado, de caixa para reduzir o seu déficit, foi determinado que a licitação fosse feita, com início dos pagamentos, imediatamente, por parte dos futuros exploradores da atividade. Estes exploradores passariam ter um encargo de arcar com todas as despesas necessárias, a limpeza da faixa, o que envolvia, à época, em torno de cinco bilhões de reais.

O particular assumia os cinco bilhões de reais mais o valor do ônus que chegou a nove bilhões de reais para explorar uma que irá a partir de 2020. Qualquer pessoa que conhece economia sabe que isto significa um custo muitos bilhões, não se sabe quanto. O governo não sabe quanto vai ficar o custo final e nem a ANATEL. Especula-se que o custo ficará aproximadamente quatorze bilhões de reais, obviamente, vai ser repassado o preço ou já está sendo repassado o preço.

O fato é, que todos nós usamos a telefonia celular, hoje, estamos pagando por um serviço que não existe, não vai existir até 2020. Pior ainda, esta específica modalidade de telefonia 4G será utilizada somente por uma pequena parte da população. A maioria da população brasileira usa 2G, 3G quando muito. Grande parte da população brasileira usa o pré-pago que não tem nada a ver com isto.

Todos estes setores estão pagando a conta por uma decisão que foi tomada sem nenhuma cautela em preservar o interesse dos consumidores, o interesse da economia brasileira. Foi uma decisão imposta pela política do Governo Federal, e que foi seguida pela agência reguladora que não tinha outra opção. A agência recebeu uma ordem formal do ministro competente e, simplesmente, a executou.

O terceiro desafio, é a ilusão clara no Brasil, mais do que, talvez, em qualquer outro país do mundo, da onipotência do governante. O governante brasileiro se julga como titular do poder de mudar o mundo mediante as suas palavras. O querer normativo se impõe sobre a realidade dos fatos, inclusive, com o afastamento das leis econômicas. Pretende-se ignorar a lei econômica, como se a economia fosse um atrapalho, e que o direito estivesse em conflito com a economia e se fosse o caso de satanizar a economia e elevar o direito, a ética, aos píncaros do desejável independente de qualquer circunstância, o fato é que, a lei econômica tem uma imposição que decorre da força dos fatos. Ela independe da vontade do governante, isto se traduz – esta ilusão de onipotência em projetos mirabolantes que não têm a menor possibilidade de serem executados – em desastres, claramente, anunciados, o exemplo é o novo modelo ferroviário.

Ao longo do tempo, foi divulgada a ideia de um trem de alta velocidade entre o Rio de Janeiro e Campinas cujo custo básico seria de trinta bilhões de reais, no primeiro estudo; no segundo era de quarenta bilhões de reais, até se descobrir que tinha esquecido o custo de energia elétrica necessária para mover o bendito do trem. Daí, não se fala mais, parou de falar de trem de al-

ta velocidade, mas se continua a falar de um modelo de revisão, da revisão do modelo ferroviário no tocante ao restante. Agora se pensa a revisão do modelo ferroviário com uma concepção que teria sido trazida da Austrália, mas corrigida pela criatividade nacional. Este modelo consistiria no seguinte, a infraestrutura seria objeto de uma concessão e, portanto, alguém construiria como concessionário de serviço público a infraestrutura, e a operação se faria por meio de operadores ferroviários autônomos.

Este modelo existe em vários países da Europa, mas como havia um grande risco para o investidor da infraestrutura, o governo resolveu introduzir uma novidade que não existe em nenhum país do mundo, criar uma empresa estatal que compraria a totalidade da capacidade operacional da ferrovia e comercializaria esta capacidade operacional para os operadores ferroviários, segundo as leis de mercado, por um preço inferior. O prejuízo inicial para os primeiros quinhentos e sessenta quilômetros previsto pelo governo era de quinze bilhões de reais.

A VALEC, a empresa estatal encarregada de comprar infraestrutura e vender, nunca executou a atividade de intermediação. O governo não sabe comprar e vender isto, porque nunca fez e no lugar de recorrer as leis de mercado, achou que seria uma boa solução investir quinze bilhões de reais para construir quinhentos e sessenta quilômetros de estrada de ferro. No Brasil, isto significa muito pouco, com a possibilidade de criar um passivo de centenas de bilhões de reais.

Como tal, foi criado o passivo no campo elétrico, em que o governo brasileiro resolveu, em 2013, casualmente no dia 11 de setembro, o governo resolveu alterar o modelo elétrico. Estabeleceu um novo subsídio que permitiria a redução dos preços da energia elétrica para os usuários. Esta alteração envolvia antecipação das concessões, da renovação das concessões, a exclusão de uma série de operadores que não concordassem com isto. Teria um prejuízo estimado ao longo dos anos de três bilhões de reais. Até agora o prejuízo no setor elétrico brasileiro, causado por esta providência é de cinquenta e seis bilhões de reais.

Este é o prejuízo avaliado apenas na área de geração, independentemente dos prejuízos da área de distribuição e de transmissão. É por isto que todo mundo vê a conta subindo, e vai continuar subindo. Esta é a questão, a conta vai continuar subindo porque o buraco causado por um defeito regulatório, por uma criação mirabolante, pela suposição de que bastava a vontade do governante para produzir um benefício para a população com o máximo de boas intenções.

Não se sabe qual é o tamanho do furo, do prejuízo do setor elétrico fora a existência de dezenas ou centenas de ações de indenização de todos os envolvidos no setor elétrico que pretendem ser indenizados pelos prejuízos acarretados por uma decisão tola, pre-

tenciosa, presunçosa e onipotente da autoridade brasileira.

O quarto desafio é o imediatismo governamental e isto afeta todos os países. O Brasil apresenta uma dimensão, extremamente, séria, é necessário um planejamento e investimentos a longo prazo para a infraestrutura que somente se maturam com o passar do tempo. Ao invés de adotar este tipo de avaliação, o governo pretende adotar soluções imediatas, um exemplo, é que o governo pretende alterar as poligonais dos portos sem verificar, nos dias de hoje, qual é a alteração das poligonais dos portos organizados. No Brasil, nós temos os portos públicos que são espaços de titularidade do Governo Federal que podem ser delegados a iniciativa privada. Neles se desenvolvem as atividades portuárias submetidas a direito público. Esta área é definida por linhas poligonais que definem, portanto, a área, o espaço dentro do qual se encontra o porto.

O governo resolveu que ia alterar estas áreas, reduzindo-as para assegurar competição por parte da iniciativa privada. Isto envolve uma alteração radical de todas as projeções de investimentos do setor portuário. Este é um setor que demanda investimentos extremamente vultuosos que somente podem maturar em longo tempo.

A alteração da poligonal do porto é uma alteração radical para fim de atividade econômica portuária. O governo resolveu que ia fazer, sem nenhum estudo de impacto regulatório, definiu que ia reduzir o porto. O resultado é potencialmente, explosivo, inclusive em termos sociais em inúmeras cidades como Santos, Paranaguá, Rio Grande. Todas estas cidades vivem em torno do porto, a atividade econômica toda é vinculada ao porto e a alteração afeta a vida de centenas de empresas, de milhares de pessoas ali localizadas e de centenas de empresas que desempenham suas atividades.

Em resumo, vamos fazer um sumário de tudo que foi exposto, a função desempenhada como governante, como regulador se enquadra dentro de uma percepção democrática, ou seja, a formulação da vontade e a implementação de medidas se enquadram dentro de um sistema democrático. A concepção que se põe sempre é a da supremacia do interesse público por meio da qual o poder público neutraliza qualquer crítica. Opõe ao particular o argumento da sua submissão e arroga a sabedoria suprema.

Este tipo de concepção é acompanhado pela ideia de que qualquer discordância de algum setor da sociedade, especialmente dos titulares do capital é uma manifestação, não apenas, antidemocrática, ela é uma ofensa pessoal ao governante. O governante brasileiro toma como se fosse um insulto a divergência de alguém, a não interiorização de uma divergência com mecanismos para aperfeiçoamento da vida comum e para produção de decisões qualitativamente melhores se relaciona, claramente, a uma sociedade não democrática.

A conduta do particular é vista como desrespeitosa quando ele diz não, quando argumenta que está errado isto e aquilo e não como uma manifestação de defesa legítima de interesses e de cooperação para a produção de decisões melhores. Em última análise, o estado exige submissão da sociedade enquanto continua a vislumbrar como a si próprio, como uma entidade suprema a qual todos devem subordinação. O resultado é que tudo isto é pacificado pela iniciativa econômica, uma outra lei econômica. O particular atende à determinação do governo e acrescenta ao preço tudo isto. Ilusoriamente, o governo acha que está ganhando quando todos os recursos públicos estão sendo diluídos por decisões, por preços superiores ao possível, os exemplos são infindáveis.

O governo poderia citar a genialidade das suas práticas, não apenas o Governo Federal, dei exemplo do Governo Federal, mas não tomem isto como sendo uma manifestação contra o Governo Federal. É assim, no Governo Federal, Estadual, Distrital, Municipal, todos nós sabemos porque se trata de um posicionamento cultural, independente da identidade, de governante ou de partido político.

Seria uma tolice nós imaginarmos que isto é culpa ou é característica só do atual governante ou do partido que está no poder. Os diversos partidos dos diversos estados fazem a mesma coisa que o Governo Federal. Não é por acaso, estão todos quebrados igual ao Governo Federal. Este estado de coisas, ao invés de levar a uma evolução no sentido da realização efetiva dos valores constitucionais mediante o uso eficiente dos recursos econômicos, conduziu o Brasil a este estágio desesperador, acho que este é o adjetivo cabível para esta situação de coisas do Brasil.

Certo é que temos uma longa batalha, não pela eficiência isolada, mas uma longa batalha pela constitucionalização do direito administrativo brasileiro ao âmbito do direito constitucional brasileiro. A distância entre a administração pública e Constituição, entre direito administrativo brasileiro e direito constitucional é gigantesca. O nosso desafio é muito mais do que um desafio econômico, é um desafio de cunho político que envolve a implementação da democracia e o respeito aos direitos fundamentais. Muito obrigado.

Saúdo a pessoa do prezado colega Dias Toffoli, do professor Marçal Justen. Especial saudação aos professores aqui presentes na pessoa do professor Manoel Gonçalves, um ícone do constitucionalismo. Saudação aos professores aqui presentes na pessoa de Manoel Gonçalves, ícone do constitucionalismo. Saudações especiais, na pessoa do professor Nuno Piçarra, aos professores dos outros países visitantes.

O tema da minha exposição é, basicamente, os desafios da jurisdição constitucional; é uma honra poder, nesse momento da vida brasileira, ver de dentro a jurisdição constitucional, nós sabemos que este é um tema presente e atual há pelo menos sete décadas, sete, oito décadas, desde do fim da Segunda Guerra e se renova todos os dias; particularmente, no Brasil, vivem-se momentos de grande vigor na jurisdição constitucional.

Farei minha apresentação em quatro itens principais, o primeiro deles é justamente estabelecer o domínio do que se considera a jurisdição constitucional que, tradicionalmente, tem sido considerado como o ramo da jurisdição que controla a constitucionalidade das normas, o que é equivocado; numa segunda parte, eu gostaria de tratar temas referentes à eficácia das decisões na jurisdição constitucional; o primeiro, relativo à eficácia expansiva das decisões na jurisdição constitucional, especialmente do Supremo Tribunal Federal; numa segunda parte, a eficácia normativa e a eficácia executiva da jurisdição constitucional e ,finalmente, a eficácia temporal da jurisdição constitucional. Procurarei fazer isso, obviamente, dentro do limite do meu tempo, que não permite grandes aprofundamentos, e trarei aqui uma visão descritiva desses fenômenos que mostram que são enfrentados grandes desafios na jurisdição constitucional.

O primeiro ponto é estabelecer o domínio cada vez mais amplo da jurisdição constitucional e, certamente, nós não podemos imaginar que a jurisdição constitucional se limite à jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ou que a jurisdição constitucional represente apenas o controle de constitucionalidades das normas em fase da Constituição. Na verdade, quando se fala em constitucionalidade, fala-se de um fenômeno de relação porque é a relação de alguma coisa com a Constituição, é um conceito que relaciona atos, normas e Constituição, portanto, constitucionalidade. Quando se fala em jurisdição constitucional ou inconstitucionalidade, não se trata apenas de harmonia entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, trata-se de fenômenos de constitucionalidade, no sentido, mais amplo, que envolvem os atos administrativos, os atos de particulares, as sentenças, certamente, a atividade legislativa. Mas constitucionalidade é um conceito muito mais amplo, é um conceito de relação de coisas com a Constituição, coisa aqui no sentido mais amplo possível, normas, atos e sentenças.

É claro que o ramo da jurisdição constitucional que envolve controle de constitucionalidade das normas é o ramo mais evidente, e talvez o mais delica-

do, porque põe em confronto dois poderes do estado; a lei e a sentença; e o legislador e os juízes, de modo que esse é um fenômeno delicado, sempre foi muito delicado, exige certamente grande perspicácia sobre todos os aspectos; mas hoje o domínio da constitucionalidade vai muito além disso, o controle de constitucionalidade das normas é apenas um aspecto do controle da jurisdição constitucional. Há por exemplo, um novo campo da jurisdição constitucional que envolve aquilo que nós chamamos do controle de convencionalidade, desde a Emenda Constitucional n° 45 as convenções internacionais cobrem direitos humanos quando aprovados por três quintos em dois turnos, elas assumem no Brasil depois de internalizados o status de norma constitucional, de modo que nós temos hoje um campo fértil e, certamente, se desenvolverá cada vez mais no âmbito da jurisdição constitucional, que é esse controle de convencionalidade.

O curioso é que, no Brasil, este é um campo que ainda merece muitos estudos, porque sabe-se que, de um modo geral, os tratados e convenções internacionais quando internalizados assumem internamente o status e a hierarquia de norma ordinária, de lei ordinária, e como tal, o tratado ou a convenção internacional pode ser objeto do controle de constitucionalidade. Mas em se tratando de um tratado de direitos humanos aprovados com o qual eram qualificados e como a Constituição estabelece, ele não é um objeto do controle de constitucionalidade, mas passa a ser o parâmetro de controle, porque há internamente o status de norma constitucional. Então, os tratados internacionais podem ser objetos de controle de constitucionalidade, de convencionalidade, ou de constitucionalidade, e podem ser parâmetros de controle de convencionalidade. O mais curioso ainda é que, segundo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda 45, eles não assumiram no Brasil o status de norma constitucional.

É Óbvio que esta é a jurisprudência do supremo, todavia, esses tratados, essas normas internacionais internalizadas antes da Emenda 45, ou não aprovados pelo quórum de três quintos, tratando de direitos humanos, teriam um status infraconstitucional, porém supralegal, ou seja, estariam numa posição intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias, não teriam, propriamente, um efeito revocatório das normas ordinárias que com eles colidem, nem certamente operariam uma mudança ou assumiriam um status constitucional; de modo que um tratado nesta posição hierárquica, e com esse status de supralegalidade e infraconstitucionalidade, representa, no Brasil, um novo campo de controle, porque ele pode sim ser objeto de controle de constitucionalidade na medida em que é uma norma infraconstitucional, mas é também um parâmetro de convencionalidade, na medida em que ele opera isso, que no supremo se chamou de efeito paralisante das nor-

mas com ele colidentes. Foi dentro deste fenômeno que surgiu, por exemplo, a súmula a respeito da impossibilidade no Brasil de se decretar a prisão de depositário infiel, pela simples consideração de que o tratado internacional é o pacto de São José da Costa Rica a respeito, há uma hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, de modo que nós estamos aqui diante de um novo domínio muito rico da jurisdição constitucional.

Outro campo interessante e novo no plano da jurisdição constitucional é aquilo que nós chamamos lá no Supremo recentemente, e o ministro Toffoli deve estar bem lembrado, que é o controle das práticas inconstitucionais. Houve alguns fenômenos, alguns precedentes interessantes, começou com a questão da medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes, que o Supremo Tribunal Federal. O que aconteceu, o que o supremo decidiu, e até o caso concreto não interessa muito, o que interessa é a questão do fenômeno constitucional desse campo da jurisdição constitucional, porque existia no Brasil uma prática a respeito do processo legislativo de aprovação de medidas provisórias que não se observava essa prática, não se observava estritamente a necessidade de instauração de uma comissão mista. Por fim, o supremo decidiu que as medidas provisórias no processo de aprovação das medidas provisórias, havia necessidade de observância desta prática, e decretou, num primeiro momento, inconstitucionalidade da medica provisória que criou o Instituto Chico Mendes; porém, provocado pela advocacia geral da União se deu conta de que, levando em consideração a doutrina tradicional do supremo a respeito da eficácia expansiva das suas decisões, ele deveria declarar inconstitucionalidade de centenas e centenas de medidas provisórias, e isso provocaria, certamente, um fenômeno incontrolável de insegurança política, a solução foi portanto, decretar a inconstitucionalidade dessa prática adotada no Congresso Nacional, a inconstitucionalidade dessa prática com efeitos *ex nunc*, de modo a preservar os atos passados e considerar inconstitucionais a não observância dos processos legislativos daí em diante.

Questão semelhante também, e eu estava lá como relator por acórdão, foi a questão relacionada aos vetos, à análise de vetos da Presidência da República em projetos de lei. Em determinada altura, em 2012, se eu não me engano, houve a concessão no Supremo Tribunal Federal no mandato de segurança, uma concessão de liminar proibindo que se analisasse que o congresso analisasse determinado veto presidencial, sem observar a ordem cronológica, como determina a Constituição. Isto porque já existia uma prática no Congresso Nacional, por isto a questão da constitucionalidade, da decretação de inconstitucionalidade e das práticas legislativas. No Congresso Nacional, havia uma prática de apreciar os vetos aleatoriamente, sem observância de uma ordem cronológica; concedida essa liminar, as pessoas se deram conta de que, se levada às últimas consequên-

cias essa decisão, havia três mil vetos que deveriam ser analisados anteriormente, e a falta de análise desses vetos imporia a paralisação de qualquer outra decisão do Congresso Nacional. No julgamento do agravo regimental, essa liminar foi revogada, nessa consideração de que essas práticas têm de ser declaradas inconstitucionais, mas não podem ser declaradas inconstitucionais com efeitos *ex tunc*, têm de ser declaradas inconstitucionais com efeitos *ex nunc*. Certamente, isto revoluciona um pouco a doutrina tradicional a respeito do conceito das consequências da inconstitucionalidade. Estes exemplos mostram a riqueza desses novos domínios, desses novos limites da jurisdição constitucional, mais recentemente, há duas semanas ou na semana passada, foi julgada, também, a questão das emendas parlamentares sem pertinência temática a medida provisória e o ministro Dias Toffoli foi voto vencido. Abrindo uns parênteses para analisar os votos, não sei como seria o voto do professor Manoel Gonçalves, mas de qualquer modo não interessa o caso concreto, a verdade é que existia uma prática consagrada no Congresso Nacional de permitir emendas a propostas e medidas provisórias, emendas sem pertinência com a Medida Provisória, e isto foi aprovado em muitos casos.

Neste caso especifico, o tribunal entendeu que a inclusão desse tipo de emenda é inconstitucional, e mais uma vez foi decretada a inconstitucionalidade dessa prática com efeitos *ex nunc* preservando a situação passada. Esse domínio, portanto, do controle de convencionalidade, de um modo geral, o domínio do controle dessas práticas inconstitucionais são novos domínios da jurisdição constitucional ainda carentes de um aprofundamento, ainda carentes de uma melhor sistematização no nosso direito constitucional. Jurisdição constitucional é muito mais do que controle de constitucionalidade de normas, jurisdição constitucional é aquele ramo da jurisdição que examina, por qualquer de seus aspectos, essa relação de constitucionalidade entre atos, entre normas, entre sentenças, e a Constituição, e mais, também pertence ao domínio da jurisdição constitucional a própria aplicação, interpretação e aplicação das normas constitucionais em si mesmas. Nossa constituição é extremamente detalhista, com muitos dispositivos autoaplicáveis por si só suficientes para gerarem direitos subjetivos, ou direitos de outra natureza, de modo, que também pertence ao controle da jurisdição constitucional esta interpretação e aplicação direta, sem intermediação de qualquer natureza, das normas constitucionais.

O segundo ponto a ser tratado é sobre a eficácia expansiva e a eficácia vinculante das decisões do supremo, em que a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo decorre da resolução do senado que suspende a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo supremo, ou aquelas proferidas no âmbito de controle concentrado, essa é a opinião, e essa é a doutrina de um modo geral. Também neste campo caminha-se para outra direção muito im-

portante, colocada quando o Supremo julgou a reclamação 4335 que começou há muito tempo. Tive a oportunidade de votar, e se discutia, basicamente, se uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que num habeas corpus tinha declarado a inconstitucionalidade de uma determinada norma; num habeas corpus, portanto, controle incidental, declarou inconstitucionalidade em determinada norma; a questão básica era se essa decisão tinha efeito para outros casos, independentemente da resolução do senado, e foi uma questão bem interessante.

Acredito que uns dos acórdãos sobre jurisdição constitucional dos mais ilustrativos desse novo fenômeno é justamente o acórdão que foi proferido nessa reclamação 4335 em que o ministro Gilmar Mendes acabou relator para o acórdão. Na verdade, não se pode dizer, hoje, que essa eficácia das decisões do supremo fora dos casos da resolução do senado e fora dos casos do controle concentrado, essa eficácia seja apenas para o caso concreto, essa certamente é uma noção absolutamente superada, e superada por várias razões, em primeiro lugar porque o nosso sistema de jurisdição, de um modo geral, está caminhando a passos largos em direção ao sistema da *common law*, ao sistema de aplicação do *stare decisis*, de vinculação aos precedentes judiciais; no caso brasileiro, especialmente no caso de controle de constitucionalidade, o modo como se começou dá uma força expansiva às decisões de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1934 criou a hipótese de comunicação ao senado da decretação de controle da declaração de inconstitucionalidade de norma, o senado por resolução própria, que tinha caráter nitidamente discricionário, político-discricionário, suspendia a execução da norma; aquilo dava uma eficácia *erga omnes* a uma decisão do supremo sobre declaração de inconstitucionalidade, mas certamente o campo de aplicação é muito estrito, primeiro porque só se aplicavam os casos de declaração de inconstitucionalidade, não quando o supremo declarasse a constitucionalidade, que é uma sentença concedida em verso, mas com o mesmo potencial, o mesmo conteúdo, então obviamente a resolução do senado é insuficiente para essa força expansiva.

Com a criação do controle concentrado, especialmente a partir de 1965, quando se criou a ação direta de inconstitucionalidade, e depois com a ação declaratória de constitucionalidade, depois a DPF, enfim, com esse sistema de expansão das ações de controle concentrado, constitucionalidade, a eficácia expansiva, a eficácia, evito falar em eficácia *erga omnes* porque sempre há uma coloração nem sempre acolhida com tranquilidade; prefiro falar em eficácia expansiva das decisões do supremo, essa eficácia expansiva se tornou natural, nos casos de controles concentrados tanto quando declara a inconstitucionalidade, quando declara a constitucionalidade, independentemente da resolução do senado, então um passo importante é tomado no sentido de amplificar os efeitos da decisão

do supremo, mas essa eficácia expansiva é um fenômeno que está ocorrendo não apenas em relação à jurisdição constitucional propriamente dita.

Se nossa legislação for examinada, especialmente em relação às duas últimas décadas, ficará visível que o legislador, por via normativa, está induzindo cada vez mais à adoção e à valorização dos precedentes judiciais, isso começou com a súmula, depois começou com a possibilidade de decisões monocráticas de relator quando se baseia em precedentes, depois no âmbito dos juizados especiais e federais o sistema de recurso representativo de controvérsia, ou seja, os órgãos separam um ou dois casos, enviam para os tribunais superiores, esses decidem, aquela decisão volta para ser aplicada, quer dizer, são mecanismos de indução a adoção de precedentes judiciais. Depois, no STJ, os recursos especiais repetitivos induzem ao mesmo fenômeno; no âmbito do STF, os recursos de repercussão geral também induzem a esse fenômeno, o tribunal julga um caso e impõe a adoção em outros casos; isto mostra que existe um natural efeito expansivo das decisões, obviamente, depois, há as súmulas vinculantes, um efeito não só expansivo, mas vinculante, e assim por diante.

Hoje, certamente, não se pode dizer que uma decisão, mesmo fora do controle concentrado ou mesmo sem a resolução do senado, que essas outras decisões só valem para o caso concreto está absolutamente superado; há uma proximidade muito grande com o sistema da *common law*, com a observância do precedente e da aplicação do *stare decisis*, isso criou um problema, um segundo problema ou um subproduto, que é saber o seguinte, considerando que as decisões do supremo de modo geral têm uma eficácia expansiva para além do caso concreto, se o cumprimento destas decisões do supremo pode ser exigido por via de reclamação ao supremo, isso é um problemão, porque se nós respondermos isso afirmativamente, na prática o Supremo Tribunal Federal será transformado em órgão de competência originária para todos os fenômenos de inobservância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Há aqui a necessidade de uma distinção, e essa distinção foi feita neste precedente da reclamação 4335, entre esta força expansiva das decisões do supremo, e aquilo chamado de efeito vinculante, porque o efeito vinculante é aquela aptidão ou aquela qualificação especial de um julgado que impõe a sua observância obrigatória, e que pode ser assegurado por via de reclamação.

É claro que a decisão foi que a força expansiva das decisões do supremo não é sinônimo de força vinculante que permita a adoção de reclamação, de modo que adoção de reclamação ficou restrita àqueles casos em que a própria constituição ou a lei ordinária prevejam esse mecanismo, portanto, a força expansiva das decisões do supremo pode ser também vinculante ou não vinculante; nas hipóteses em que ela é vinculante - hipóteses de vinculação são aquelas que se permite utilização de reclamação – ou ela é ex-

pansiva, mas ela tem muito mais uma força persuasiva do que propriamente uma força vinculante nesse sentido.

Outro ponto interessante nesse caminho adiante da jurisdição constitucional è a distinção entre a eficácia normativa e eficácia executiva das decisões no controle de constitucionalidade, neste caso, se diz, e essa é a doutrina tradicional, que na declaração de inconstitucionalidade opera a nulidade ex *tunc*, da norma declarada inconstitucional, essa é a doutrina tradicional, sem variação, e esta é a doutrina que decorre da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com algum, acredito que o grande voto contrário foi do ministro Leitão de Abreu no sentido de que a decisão sobre declaração de inconstitucionalidade não importaria a nulidade, mas a anulabilidade, quer dizer, então esse foi o voto dissidente; mas a doutrina tradicional, e acho que tem que ser afirmada, è de que a declaração de nulidade, aliás, declaração, a inconstitucionalidade importa a nulidade da norma ex *tunc*.

A pergunta feita é se isso é verdade, como se justifica, por exemplo, a questão da modulação de efeitos. Em Portugal existe essa previsão expressa na Constituição do tribunal de poder modular os efeitos temporais de uma declaração de inconstitucionalidade, no Brasil, nós temos isso previsto no Artigo 27 a lei da ação direta; mas muito antes desta lei já se fazia isso, e agora no supremo nós podemos dizer que virou uma prática quase corriqueira a adoção desse instrumento da modulação de efeitos, como garantia de outros valores constitucionais, a segurança jurídica e o elevado interesse social que às vezes impõem. Mas a pergunta que se faz do ponto de vista doutrinário e acadêmico, é se ainda diante disso se pode dizer que a declaração de nulidade, que a declaração de inconstitucionalidade importa mesmo a nulidade, se essa doutrina ainda é possível diante desses avanços nesse novo rumo da jurisdição constitucional.

Certamente, é possível fazer a distinção entre eficácia normativa e eficácia executiva, a eficácia normativa é aquela que se passa no plano do ordenamento jurídico, e no plano do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, certamente, é uma norma nula desde do início, a significar que aquela norma é retirada do domínio jurídico ex *tunc*, agora a eficácia executiva dessa decisão é um fenômeno completamente diferente, o fato de se declarar uma norma inconstitucional, e, portanto, retirá-la do mundo jurídico e ficar ex *tunc*, não significa dizer que ficam revogados ou retirados ou desconsiderados, automaticamente, todos os fenômenos jurídicos e os atos, enfim, a relações jurídicas estabelecidas a base de uma norma inconstitucional, é um fenômeno diferente, quer dizer, o efeito vinculante, o efeito executivo ele decorre da decisão, e não da norma, portanto, o efeito vinculante de uma decisão que declara a inconstitucionalidade não opera *ex tunc*, opera *ex nunc*.

A vinculação é a decisão, e não a norma, portanto, o efeito vinculante se opera a partir da publicação da decisão

ou da ata da decisão, da ata do julgamento no Diário Oficial, é isso que está na lei, o efeito é vinculante ele é *ex nunc*, o efeito executivo, o efeito normativo é *ex tunc*, porque ele se passa no plano dos pensamentos, para usar aqui uma expressão de Miranda, mas no plano executivo que se passa no plano da realidade, esse fenômeno é um fenômeno diferente, que tem que ser analisado de modo diferente, e isso foi examinado em um precedente em que fui relator no supremo no RE 730 462 , era um caso em que um juiz deixou de condenar a Caixa Econômica Federal em honorários advocatícios porque a lei da época dizia que nas ações movidas contra o fundo de garantia não tinham honorários advocatícios, então o juiz não condenou honorários advocatícios, essa decisão transitou em julgada, tempos depois, tempos depois o supremo declarou inconstitucional essa lei, já tinha passado o prazo da ação rescisória, mas invocando esse efeito *ex tunc* da declaração de constitucionalidade, o advogado pediu a reabertura do processo para obter os honorários; e aí se fez justamente essa distinção entre a eficácia normativa porque aquela norma que proibia condenação a honorários foi retirada do mundo jurídico, ela não pode ser mais aplicada; agora,em relação aos fatos ocorridos antes na existe esse fenômeno *ex tunc*, porque o efeito vinculante da decisão ele opera a partir da data do julgamento em diante, o que se passou antes tem que ser ajustado pelos modos de ajustes previstos na legislação, por exemplo, ação rescisória, se não há ação rescisória não há como ajustar, aqui é um fenômeno de modulação que se opera *ex lege*, e nós temos muitos casos assim, por exemplo, se já tivesse passado o prazo de prescrição, de cadência e prescrição são institutos que operam fenômenos de modulação *ex lege*.

O fenômeno da modulação de efeitos, portanto, e aqui eu estou falando de efeitos executivos, é um fenômeno que não existe apenas a modulação operada pelo juiz, pelo supremo; existem fenômenos de modulação do passado que são fenômenos que se operam *ex lege*, como por exemplo, quando não se tem mais o prazo da ação rescisória, é um prazo decadencial, passou o prazo decadencial não tem como ajustar o passado, podia ser um fenômeno de lançamento tributário, se um juiz declara inconstitucional uma norma tributária, e mais adiante o supremo declara aquela norma constitucional, o fisco não vai poder tributar o passado, a não ser que esteja dentro do prazo próprio, porque aí se opera um fenômeno de modulação ex leg; o supremo poderia modular também, mas há fenômenos de modulação *ex lege* no plano do direito penal, por exemplo, se um réu foi condenado, aliás, se o réu foi absolvido com base numa determinada norma, e mais adiante o supremo declara essa norma inconstitucional, não há como voltar a condenar aquele réu, porque não existe revisão criminal contra o réu, existe aí uma natural modulação de efeitos *ex lege*, o supremo não precisa dizer isso, existem certas modulações que decorrem na-

turalmente do sistema, porque uma coisa é a eficácia executiva, e a outra coisa é a eficácia normativa, acho que essa distinção ajuda a resolver.

Outro fenômeno a ser abordado é a eficácia temporal das decisões na jurisdição constitucional; especialmente quando se trata de relação jurídica de trato continuado, e tem acontecido muito ali no supremo, há, inclusive, um caso em pauta, mas foram julgados outros casos como, por exemplo, o recurso extraordinário 596 663, a discussão a respeito da eficácia temporal dessas decisões parte do fenômeno da jurisdição de um modo geral, ou seja, o que é a jurisdição, a jurisdição é uma atuação do estado em cima de um fenômeno de incidência, em cima de um fenômeno de incidência da norma, sobre um fato que faz nascer uma relação jurídica, aliás, os pontos de Miranda dizem isto com toda a clareza, jurisdicionário é atuar no plano da incidência das normas, o juiz no processo de conhecimento nada mais faz do que declarar a existência ou o modo de ser de uma relação jurídica.

Existem várias espécies de relação jurídica, dentre elas estão as relações jurídicas instantâneas e as relações jurídicas de trato continuado; quando trata de uma relação jurídica instantânea a sentença do juiz vale para aquela relação jurídica, e o fenômeno se estanca num determinado momento do tempo, quando um juiz faz um juízo a respeito, dá uma sentença a respeito de uma relação jurídica de trato continuado, o que o juiz faz no fundo é alguma coisa parecida com o legislador, porque ele opera sobre uma relação jurídica que vai ter efeitos prospectivos; quando, por exemplo, estabelece alimentos provisionais está disciplinando um fenômeno que vai acontecer também no futuro. Neste ponto, jurisdição e legislação se aproximam muito, porque, geralmente, o juiz olha para o passado, julga o passado, o legislador olha o futuro, ele não pode legislar para o passado, esta é a regra; às vezes, o legislador opera para o passado, quando é para favorecer, a lei pode ter efeito regulativo, e às vezes o juiz olha para o futuro, como é o caso das relações jurídicas de trato continuado.

A questão a saber é até quando vale esta sentença do juiz que disciplina uma relação com efeitos futuros e qual seria a eficácia futura de uma relação dessas, ou melhor, como terminaria tudo isto e se haveria a necessidade de ação rescisória. Certo é que aqui também nós temos que fazer grandes distinção entre a validade da sentença e a eficácia da sentença, ação rescisória se utiliza quando uma sentença é inválida, quando há um motivo para declarar a invalidade da sentença, e na ação rescisória julgada procedente, a sentença tem efeitos *ex tunc*; aqui o fenômeno é diferente, se uma pessoa vai a juízo pedir do INSS, o auxílio à doença porque se encontra doente, e o juiz defere, o juiz está deferindo com efeitos prospectivos também; esta sentença dele vale pelo resto da vida, quer dizer, a pessoa quando ficar boa, quando recuperar a saúde, precisa de ação rescisória para desfazer, esse é o fenômeno, o que nós julgamos no supremo a

propósito disso; o caso em que o juiz reconheceu e traz uma determinada vantagem a um servidor público, reconheceu que determinado servidor público tinha direito a um adicional, a um reajuste de 20% ou coisa assim, sobre a sua remuneração, depois de algum tempo, o Tribunal de Contas considerou que não era mais devido, e como é que se resolve isso?

Há quem entenda que precisa de ação rescisória, que não é o caso, o que está na base dessa regulação da eficácia temporal para o futuro é cláusula *rebus sic stantibus*, quando um juiz julga uma caso, julga considerando determinado estado de fato, e um determinado estado de direito, se amanhã o estado de fato mudar ou o estado de direito mudar, não existe mais o fenômeno inicial que deu ensejo àquela decisão, de modo, que a perda da eficácia se passa automaticamente; raramente, em alguns casos muito especiais e que a lei exige que haja uma ação de revisão, como é o caso dos alimentos, caso típico que a lei exige uma ação de revisão, mas de um modo geral, a perda da eficácia por modificação do estado de fato ou do estado de direito, se opera automaticamente, independente de ação revisional ou independentemente de ação rescisória e evidente.

O importante, diante de toda esta explanação, é deixar claro que a jurisdição constitucional também se constrói aos poucos, e é bom, e é uma honra, é um privilégio, participar disso, tendo a certeza de que não se constrói de um dia para o outro, nem é produto de apenas uma pessoa; constrói-se lentamente com a consciência em perceber que os de hoje enxergarão mais adiante se se apoiarão nos ombros dos que vieram antes.

3

CONSTITUIÇÃO, AUTONOMIA PRIVADA E MERCADO: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM PERSPECTIVA COMPARADA

CONSTITUIÇÃO, AUTONOMIA PRIVADA E MERCADO: PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR EM PERSPECTIVA COMPARADA.

Claudia Lima Marques*

*Pós-doutorado na Universidade de Heidelberg; Doutora e Mestra pela Universidade de Tübingen; Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora Permanente e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Relatora-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor; Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor da International Law Association, Londres, Diretora da Associação Luso-Alemã de Juristas (DBJV, Berlin) e da ILA-Branch Brazil.

Quero mostrar minha felicidade e meu prazer por estar aqui compartilhando neste XVIII Congresso de Direito Constitucional desta reflexão a respeito da Associação Luso-Alemã de Jurista sobre o papel da autonomia da vontade do mercado, e da proteção ao consumidor. Além de ser um prazer, é uma honra estar com o professor Ricardo Morishita, um grande líder. O Brasil deve muito ao seu trabalho à frente do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, hoje SENACON e também na sua atuação, internacionalmente, na Proteção Internacional dos Consumidores. Espero que este trabalho da academia do IDP continue com suas interessantes linhas de pesquisa sobre o futuro do direito privado brasileiro. Compartilho a mesa com dois expoentes deste novo direito privado brasileiro, Viviane Ferreira e Laura Mendes, que nos orgulham com seus trabalhos premiados na Alemanha.

O tema escolhido para abrir este tópico é uma teoria alemã de Erick James sobre o diálogo das fontes e como esta pode nos ajudar na aplicação coerente do direito privado. Como exemplo, o tema do painel "No mercado, a proteção do consumidor e, principalmente, a preservação da sua autonomia da vontade", seria o diálogo das fontes e a ampliação dos direitos dos vulneráveis, considerando a proteção do consumidor no mercado brasileiro. O tema introduzido e escolhido por Erick James, professor da Universidade de Heidelberg, foi em decorrência do XX para o início do século XXI, curso que ministrou em Haia, com o título de "Integração Econômica e Proteção da Identidade Cultural das Pessoas: O Direito Privado Pós-moderno". Ele observava as mudanças na sociedade europeia no final do século XX para o início do século XXI e, assim como muito pensadores e outros, ele acreditava que este tempo podia ser chamado de pós-moderno.

Esta noção hoje é mais aceita, mas, mesmo que não se aceite esta base ou este fundamento teórico da sociologia, o interessante da teoria de Erick James é que ela é muito realista e, neste ponto, permito-me citar também Edgard Morin, em uma obra que se chama "Como sair do século XX, como trocar de paradigma", na qual ele diz que é preciso pensar a complexidade. Mas, para pensar a complexidade, a saída para o século XX, temos que ver a complexidade e o diálogo das fontes, e ao mesmo tempo, esta fotografia da complexidade e da opção de saída. Uma opção de instrumentário do advogado, do magistrado, do membro do Ministério Público, servidor público, de como tratar o pluralismo de fontes nos dias de hoje, é sempre útil, mesmo que não se aceite a teoria.

Hoje, esta teoria, é bastante aceita no STJ e em outras cortes, mesmo nos juizados especiais de pequenas causas, para minha alegria e orgulho de todos os alunos do professor Erick James, fundador da associação Luso-alemã de juristas, e que hoje a Doutora Laura Mendes é diretora. Mesmo que esta teoria não seja aceita, ela ilumi-

na, traz novas luzes, inova e tudo que é novo, pode útil.

Vou dividir minha palestra em duas partes, a primeira, sobre a teoria que eu chamaria de aplicação conjunta coordenada pelos valores constitucionais das fontes de direito privado, o método do diálogo das fontes. E uma segunda parte, cito dois exemplos do dever de proteção do estado ao consumidor e o diálogo das fontes, focando no caso dos hipervulneráveis ou dos idosos. Eu sei que este tema é caro ao eminente Ministro Gilmar Mendes, que nos recebe aqui. Num segundo ponto, há uma exegese do Artigo VII, do CDC junto com os tratados internacionais, tendo como exemplo a convenção de Montreal, um tema que está em análise no Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, colocarei como se daria a aplicação conjunta e coordenada pelos valores constitucionais das muitas fontes atuais do direito privado, em outras palavras, qual é o método do diálogo das fontes, esta teoria de Erick James. Ela tem uma chave que é, justamente, a pós-modernidade, é uma mudança de paradigma, não é uma superação do paradigma. É apenas uma mudança de paradigma, então, seria uma superação da perfeição, do perfeito, moderno e para isto, temos que voltar um pouco atrás e ver como se solucionam os conflitos de leis no tempo, lei antiga e lei nova no direito brasileiro clássico e no mundo. Através do direito intertemporal, esta ideia seria uma visão perfeita da unidade do sistema, da coerência do sistema jurídico. Então, temos uma tese, a ideia de conflitos de leis no tempo e no espaço, uma lei, uma lógica anterior seria lei antiga, a lei nova seria uma nova lógica, uma nova antítese, vamos dizer assim, um conflito.

Assim como eu, Erick James é professor de direito privado e existe uma síntese, uma solução que é única, uma espécie de monólogo das fontes, isto é, ou fala a primeira, e a segunda lei não a toca, ou os campos de aplicação desta lei são coincidentes, uma antinomia, e vai haver uma síntese que é apenas uma das lógicas superando a outra. Então, vamos aplicar totalmente ou a lei anterior ou a posterior e esta vai revogar, ab-rogar, derrogar a anterior, a síntese é perfeita, como se fosse preto e branco e aquilo do meio, a síntese é preta ou branca, ela não é cinza. A constatação deste mundo perfeito e os critérios desta perfeição são, segundo Norberto Bobbio, na teoria do ordenamento jurídico e tantos outros pensadores, a hierarquia que é mais superior.

Portanto, há um léxis superior que vai derrogar as outras ou a especialidade de léxis especial que vai derrogar as gerais e a anterioridade que será um léxis posterior que vai derrogar as anteriores. Tudo certo, perfeito, a unidade perfeita do sistema, este não tem nem lacunas, porque vai ser preenchido pelas outras normas, por exemplo, o Artigo IV da lei de introdução. O sistema não tem antinomias, não tem conflitos, e o magistrado aplicador da lei vai resolver os conflitos aplicando uma destas leis usando os três critérios que existem desde a escolástica,

Erick James diz para olhar no momento atual, ele está em 1995.

A observação que faço da unidade do sistema é que parece haver uma espécie de vontade de restabelecer a coerência, ou melhor dizendo, a voracidade de produção legislativa é tão grande e o pensamento que antes era codificado no direito moderno era perfeito. Houve uma era da descodificação, desde 1979, a sua obra magnífica alerta para isto, decodifica, implode, eu gosto muito da expressão que na verdade é como um caco de vidro. Se você joga o vidro perfeito no chão e ele se quebra em pedaços, nunca conseguiremos juntar estes pedaços. Por isto, acho interessante a visão italiana do microssistema, tudo parece em ordem, são vários microssistemas e eles vão funcionar direitinho, perfeitamente. Já a visão alemã é a do caco de vidro, jogou, quebrou, descodificou e agora recodifica em microssistemas.

Ainda há o pensamento muito utópico que é o pensamento por problema. Está dando problema no seguro saúde, vamos legislar sobre isto, há a copa do mundo, faz uma lei de turismo, uma lei de agência de turismo, tem que ter, vamos botar na lei, são tantas coisas, que eu rogo a Deus que tenha veto. Mas enfim, acham que aquela lei vai resolver todos os problemas do país, surge a ideia do consórcio somado aos estatutos, estatuto do idoso, da criança e adolescente. Além disto, fica um vaivém, tira tudo do estatuto da criança e do adolescente e coloca no Código Civil, não funcionou. Resolveu fazer uma lei de adoção e voltar tudo para o estatuto da criança e do adolescente, assim não paramos, continuamos sempre a legislar, tipicamente, por problemas.

Certamente, o que precisamos é elaborar um código unificado, um Código Civil que vai unificar as obrigações civis e empresariais, incluir neste, o Código de Defesa do Consumidor não dá, porque ele tem origem constitucional, Artigo 48. Os atos e disposições constitucionais transitórias determinam a criação de um Código de Defesa do Consumidor, como é um mandamento constitucional, o Código Civil não pode legislar sobre o direito do consumidor, e não legisla realmente; não há sequer a palavra consumidor, apenas a palavra consumo sete vezes. A relação de consumo não está ali, uma vez que a palavra consumidor é como sinônimo de hóspede, como é que nós vamos fazer isto, é preto e branco realmente?

Contudo, a síntese é perfeita: eu vou revogar, derrogar ou ab-rogar? Na teoria do direito privado brasileiro e também no direito público, mandou-se priorizar a revogação expressa das leis. A revogação tácita é por incorporação, como temos na lei de introdução e no Artigo 2.043 do Código Civil. Será que isso não ajuda?

No Artigo II, parágrafo segundo, a lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior. No entanto, existe a solução do monólogo das fontes: "Eu, o aplicador da lei e intérprete no momento que es-

colho a lei a ser aplicada, tenho certeza que ela está sozinha?".

Segundo Erick James, não. Mas e por que não está? Porque, hoje, os valores são guiados pelas pessoas, como este Congresso Internacional do Consumidor tem demonstrado, o valor guia é a pessoa humana, a dignidade da pessoa, é o, este é a base de tudo.

Existe uma figura de linguagem de Durick de que eu gosto muito: "este direito fundamental da dignidade humana é como se fosse o primeiro degrau, depois vêm os direitos fundamentais gerais e os direitos fundamentais especiais". Hoje, o que usamos não é bem dimensões e direito como nos anos 50. É como se nós precisássemos do primeiro degrau para subir e chegasse no direito do consumidor, que é o terceiro degrau. No entanto, sem o primeiro degrau, não se chega ao terceiro. Eu acho que ele está certo, isto é, não há uma superação de gerações de direitos fundamentais. Na realidade, o que há são estes princípios básicos e os valores fundamentais que estão na própria Constituição brasileira ou nos Direitos Humanos e na Ordem Jurídica Internacional.

O que afirma Erick James é que vamos coordenar e restaurar a lógica, a coerência, a unidade deste direito através dos direitos humanos, dos valores que estão hierarquizados na Constituição. Um doutrinador alemão diz que se os direitos fundamentais estão presentes no corpo da Constituição, eles têm uma hierarquia superior à própria Constituição. Violar isto seria inconstitucional, assim como os princípios constitucionais, que podem levar a uma emenda constitucional.

Temos, por exemplo, o primeiro imposto sobre cheque, ele não tinha o princípio da anuidade e que nem está escrito na Constituição, tudo isto são lições do nosso guardião maior da Constituição, o egrégio Supremo Tribunal Federal. Então, se existe esta hierarquia é porque estes valores são, realmente, cláusulas pétreas, são de hierarquia maior. A Constituição toda brilha, mas estes valores brilham mais. A Constituição é um sistema de valores, por isto, a coerência ou a unidade do sistema não é dado por lei. A resposta não está no Código Civil e nem no Código de Defesa do Consumidor sozinho, talvez esteja neste diálogo, nesta aplicação conjunta, coerente de várias lógicas.

Quando um consumidor idoso faz um contrato no plano de saúde regulado pelo Código Civil, vamos usar todas estas quatro leis ao mesmo tempo sob o sol da Constituição, sob o guia dos valores constitucionais para atingir a coerência que também é constitucional e é a proteção da dignidade da pessoa humana. O nosso como afirma o professor Cansado Trindade, pluralismo pós-moderno é também complexidade, e o pensamento tem que ser complexo, não é preto nem branco, é uma síntese de lógica só, é diálogos (dia – dois, a – meio, logos – lógica), duas lógicas, unidas por este único encontro, o A, que os une, estas duas lógicas da lei anterior, da lei nova e do sol da Constituição que tem valores antinômicos.

Hoje, vamos dar alguns exemplos que dará a resposta correta para o século XXI, era o que eles estavam preparando, quais são os critérios, para terminar esta primeira parte, desta teoria de Erick James que eu ousei sugerir para o diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Estamos em 2001 e há esta ADIN dos bancos, a ADIN 2591, que afirmava que as normas de conduta do Código de Defesa do Consumidor não deveriam se aplicar aos bancos porque havia um privilégio constitucional no Artigo 192 em que aos bancos só se aplicariam leis complementares.

As leis de maior hierarquia, como o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, todas estas leis são ordinárias, não são leis complementares, nem as leis bancárias 64/65 são consideradas complementares.

De qualquer modo, estas leis de conduta não podiam se aplicar à conduta dos bancos, se tentou em todos os incisos do Artigo 170 da Constituição, da ordem constitucional econômica e em matéria de concorrência que o CADE, na época, não podia julgar. Tentou até em matéria de CLT, que é outro exemplo, direito do trabalho, pois os trabalhadores do Banco Central seriam regulados por outras normas de conduta, uma lei complementar e não pela CLT, houve tentativas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a ADIN 2591 dos bancos, que é a primeira decisão brasileira que cita o diálogo das fontes a resposta foi esta, que as leis não colidem, uma é norma de organização, normas de conduta e as outras são normas de organização da ordem financeira nacional, como diz o professor Eros Roberto Grau, é um tabuleiro, ele forma um tabuleiro de xadrez, uma é a regra sobre a movimentação das peças do xadrez, e a outra é como eu me conduzo frente ao outro. As normas de organização da ordem financeira é que ditam como posso ter um banco, o que eu posso fazer, lei complementar, mas, a norma de conduta em que são estabelecidos detalhes de informações, conexidade entre os contratos principais de crédito e outros podem ser pelo Código Civil, boa-fé, pelo Código de Defesa do Consumidor. Certo é, que depois disto, esta ADIN vai ser bastante citada no STJ ou em mais casos do direito privado.

Diante da necessidade de me manifestar junto ao Brasil com que foi muito lembrado pelo professor Ricardo Morishita, fiz um parecer sobre o diálogo das fontes. Eu tinha que inventar os critérios, o que seria a nova hierarquia usando uma autoria francesa chamada *Sofanor*. Ela diz que a nova hierarquia é a coerência restaurada, então o primeiro diálogo é o sistemático de coerência. Eu não posso aplicar três leis ao mesmo tempo e ser incoerente ou "ser inconstitucional", ou não fazer uma interpretação conforme a Constituição, a coerência da resposta é o guia do diálogo, o nome do diálogo. É claro que há uma coerência entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o Estatuto do Idoso, cada um regula algumas coisas. Mas, as bases, por exemplo, sobre o que é um negó-

cio jurídico, um contrato compra e venda, estão no Código Civil. A proteção do consumidor, a definição de consumidor, fornecedor estão no Código de Defesa do Consumidor. Definição de idoso está no Estatuto do Idoso, agora na atualização do CDC PLS 281/283 de 2012 vai falar, especificamente, em idoso, analfabeto e atualmente, fala em criança e pessoas que pela idade têm uma fraqueza especial.

Segundo o que seria nova especialidade, eu imaginei como segundo critério um diálogo de subsidiariedade, que também dá para chamar de diálogo sistemático de complementariedade. Subsidiariedade vem das encíclicas papais, *rero novarum* e outras, até hoje, é muito utilizado em direito público. Isto significa que as cidades menores, tipo a cidade do Rio de Janeiro, tem que ter tempo para resolver seus problemas, o estado da Alemanha, depois vem a União Europeia, ou então vem o estado do Rio de Janeiro e depois vem a União. Se a União intervém, ela não deu tempo e não observou a ordem, qual é a ordem lógica? A ordem lógica é começar no pequeno, no microssistema, vamos chamar, no mais especializado que tiver, subjetivamente o *razione* matéria, e aí vai subindo para o geral.

Fato é que, aplica-se o diálogo do Código de Defesa do Consumidor naquilo que ele tem e o Código Civil no que couber. Na organização final de cada capítulo dos contratos em espécie o próprio Código Civil estabelece que este deve ser aplicado no que couber. O Código Civil é subsidiariamente porque as outras leis especiais se aplicam antes, e assim é a ordem, subsidiariedade a tempo e ordem, é este respeito do menor ao maior para não haver intervenção, incoerência e violência. O que seria nova anterioridade, aqui é um diálogo de adaptação, um diálogo de influências recíprocas, novamente, vamos em socorro de *Sofanor* que analisa a influência do código do consumo francês no sistema civil francês. Fatalmente, quando uma nova lei entra em vigor, seja de qualquer área, todas as outras se movimentam.

O Código de Defesa do Consumidor diminui seu campo de aplicação com a entrada em vigor do Código Civil com os mesmos princípios, as mesmas lógicas, combate ao abuso, boa-fé, informação, enfim, tudo igualzinho. Só que o Código de Defesa do Consumidor tem certas forças e a preservação da autonomia da vontade maior porque o outro é o vulnerável, o leigo, é o não expert. O Código Civil é um código para iguais, já o Código de Defesa do Consumidor é especial, é código para diferentes, o leigo e o expert, então é a mesma boa-fé, só que o brilho é diferente, é óbvio que uma lei influencia a outra.

Depois de vinte anos de Código de Defesa do Consumidor havia toda uma jurisprudência sobre o que era boa-fé. Cláusula geral de que é um conceito indeterminado, portanto tem que ser concretizado pelo aplicador da lei, não vou utilizar esta jurisprudência? Vou. E tenho outro questionamento, no Código Civil existe definição de contrato de adesão? Nos Artigos 423 e 424 usa a

palavra contrato de adesão, onde está a definição? No Código de Defesa do Consumidor, mas existem contratos de adesão entre dois iguais? Existe, tanto que o Código Civil assim menciona: função social do contrato. O Artigo I do Código de Defesa do Consumidor já diz que o contrato é um código de interesse social, além do interesse particular entre as partes, é interesse de todos, tanto que há intervenção do Ministério Público nas associações.

Podemos afirmar que, este diálogo da adaptação é um diálogo de influências recíprocas. Vou aplicar o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor juntos e um vai influenciar o outro. O campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor diminui, e isto é ruim? Não, isto é uma adaptação e uma coerência do sistema, se são dois iguais, *be to be*, porque não aplicar o Código Civil nas partes de unificação do direito das obrigações, exceções, finalismo aprofundado.

Observamos que, por vulnerabilidade, a característica máxima dos Artigos I e IV do Código de Defesa do Consumidor vulnos é ferida, não é incapacidade, então, quando a microempresa, a organização não-governamental ou mesmo a nova empresa que está se formando tem uma ferida, apesar de ser expert, ela tem esta vulnerabilidade. Se for comprovada esta vulnerabilidade no caso concreto, ela tem de ser tratada excepcionalmente ou equiparada como consumidor.

Para finalizar, queria dar um exemplo de como o dever de proteção do estado do consumidor, que pode ser chamado também de direito fundamental, de Artigo V, inciso 32, estado juiz, estado legislador, não importa o nome. O que interessa é que o estado executivo promoverá na forma da lei, hoje na forma das leis, o diálogo, a defesa do consumidor, que é mais ou menos um resumo do diálogo das fontes.

O exemplo é a noção cunhada por Antônio Herman Benjamim, a quem eu gostaria de fazer também uma homenagem, de hipervulnerabilidade, que seria o consumidor idoso, vamos chamar assim. O que Erick James fotografa, é a complexidade das leis atuais, não é só pluralismo de fontes; estas realmente, não colidem mais ou estão em conflito. Isto porque o campo de aplicação material e o campo de aplicação subjetivo são diferentes, como exemplo, é o mesmo contrato de compra e venda e o mesmo mandato no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. E o transporte é o mesmo? É, mas a colisão não é igual, porque não é para todas as pessoas. É como se fosse um edifício, em vez de um acabar com o outro, um revogar o outro, um constrói em cima do outro. O Código Civil é primeiro até quinto, talvez o sexto andar de um edifício em que o Código de Defesa do Consumidor é um andar, ou é a cobertura.

Podemos falar dos privilégios como uma piscina e outros, mas mesmo assim, é uma construção e não é saindo, acabando com o sistema que tudo estará resolvido, só conseguirá a solução construindo a coerência do sistema e colocando pedras para esta construção.

A hipervulnerabilidade segue esta mesma ideia como campo de aplicação subjetivo. Hoje, nós protegemos a pessoa do consumidor na relação contratual e esta pode ter muitas leis, como do plano de saúde, já mencionado por mim, e vários outros.

Presume-se, que todo consumidor é vulnerável porque ele é um leigo, Artigo IV, Inciso I. Ele tem uma vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e não tem um departamento jurídico para ver, pelo menos, o contrato, por isto, ele é vulnerável, tem um monte de feridas, vamos dizer assim, não é expert. No entanto, existem alguns grupos de consumidores, como os analfabetos, que tem mais feridas. O mundo digital para eles é muito difícil, eles não dominam porque é todo escrito e muito rápido. A rapidez é ruim também para os idosos, estes têm dificuldades, talvez até, de visão mais a rapidez, esta hipervulnerabilidade é uma vulnerabilidade agravada, isto é, como se somássemos o consumidor idoso mais o consumidor criança.

Hoje, nas novas linhas europeias, o chamado assédio de consumo é o enfoque que se está dando a determinados grupos, tipo servidores públicos em matéria de crédito consignado. Eu sou servidora pública da área federal, toda hora que abro meu celular há milhões de ofertas, porque eu sou um *target* destas ofertas especiais, bem como, os idosos e grupos de doentes.

Há uma belíssima decisão do Ministro Herman Benjamim sobre os celíacos, ele afirma que o direito privado e o estado, também, têm que se interessar pelos hipervulneráveis, porque não se pode fazer ou construir uma sociedade que exclua os analfabetos, não vai excluir os idosos, ao contrário, esta sociedade da exclusão acabou. O novo paradigma é da inclusão destes consumidores hipervulneráveis, e como é que vou fazer isto? Só aplicando as leis, se eu aplicar somente o Estatuto do Idoso não vai dar, mas, se eu aplicar o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor e a lei especial de planos de saúde, tenho certeza, elas vão dialogar sob a luz da Constituição. Eu não posso mais excluir, até por um mandamento constitucional de proteção destes idosos e vulneráveis, esta decisão é o Resp 586316 – Minas Gerais, de 17/04/2007.

Para terminar, existe a questão com o transporte internacional que não foi pensado pelo Código de Defesa do Consumidor e agora estamos com este problema. Antes, havia a Convenção de Varsóvia que tinha uma cláusula de exclusão e se aplicava a este tema de indenização de bagagens, indenização por morte e tal. No entanto, a Convenção de Varsóvia que entrou em vigor depois, em 2006, após a maioria das leis gerais e especiais, mencionadas aqui, afirma que esta Convenção se aplica sobre a exclusão de todas as outras. Toda lei nacional não se aplica, teoricamente, a uma única regulação de conduta que estariam submetidas às empresas aéreas em direito privado. O direito administrativo aí é de outra natureza, em direito civil, ela se apli-

caria, exclusivamente, só ela, sem diálogo com nada.

O Artigo VII do Código de Defesa do Consumidor deve ser relembrado neste ponto para que, realmente, o mercado permita a autonomia da vontade das pessoas e que também respeite os direitos do consumidor. Na Europa existe uma diretiva sobre os direitos dos passageiros de transporte aéreo. Aqui, nós temos o código afirmando que os direitos previstos não excluem outros decorrentes de tratados ou Convenções Internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária que regulamenta os pedidos pelas autoridades administrativas competentes. E também não estão excluídos os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidades, esta é uma autorização especial.

O que este artigo possui de diferente e por que ele pode ser chamado de um artigo sobre o diálogo das fontes? É porque a ideia da soma é dos direitos e não dos deveres. Enquanto o direito público clássico faz a distinção entre o tratado lei e tratado contrato, a nossa orientação é de tratados de direitos humanos e os outros tratados. Um exemplo de outros tratados é um tratado contrato. Como este tratado contrato vai ser supralegal como se fosse um tratado de direitos humanos? Ele vai estar acima das outras leis, do Código Civil que regula o contrato de transporte e tem um artigo específico, sobre os 732 tratados internacionais, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do idoso, das nossas antidiscriminações.

É possível discriminar alguém dentro do avião? Não. E se esta bagagem for, como se diz em casos concretos, de uma pessoa com necessidades especiais ou deficiência, perdeu-se uma das próteses desta pessoa, a indenização é ilimitada? Já notaram que não. Isto é, o diálogo das fontes e tem que ser aplicado aqui como uma solução do século XXI. A Europa fez isto, outros países também fizeram. Por que nós vamos dar mais respeito a um tratado internacional do que o mundo dá para ele? Muito obrigada.

A INTERNET, AS INOVAÇÕES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Laura Schertel Ferreira Mendes*

*Doutora *summa cum laude* em Direito Privado pela Universidade Humboldt de Berlim; Mestre em "Direito, Estado e Constituição" pela Universidade de Brasília (UnB); Graduada em Direito pela UnB; Diretora da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV-Berlin); Membro do Grupo de Trabalho Consumo e Sociedade da Informação da Secretaria Nacional de Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça; Gestora Governamental em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Cumprimento a todos, é um grande prazer estar com todos vocês aqui nesta tarde. É uma alegria e uma satisfação muito grande compartilhar esta mesa com estes brilhantes juristas e amigos, Ricardo Morishita, professora Claudia Lima Marques e Viviane Ferreira Mese. Eu agradeço as palavras gentis e também, as palavras do professor Ricardo Morishita com quem tive o prazer de trabalhar na DPDC e teve uma liderança sábia e corajosa por mais de oito anos no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Foi com quem eu comecei meus estudos de defesa do consumidor, ele me estimulou muito com sua condução e liderança no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Quanto à professora Claudia Lima Marques a melhor definição é, sem dúvida nenhuma, a que Ricardo falou: “mestra de todos nós em direito do consumidor”. Pessoa com quem tenho o prazer de trabalhar na associação Luso-alemã de juristas e, certamente, não é exagero dizer, a maior pensadora, hoje, do direito do consumidor no Brasil. E parece-me, que traz os ensinamentos da Alemanha, a sólida doutrina alemã e que já faz um grande diálogo aqui utilizando os temas de Cláudia Lima Marques.

A professora Cláudia consegue fazer um grande diálogo com a sólida doutrina alemã e com a doutrina brasileira, com a realidade, com as peculiaridades do Brasil. Certamente, esta é uma grande contribuição que ela trouxe, tanto na teoria do consumidor quanto na teoria dos contratos e no direito internacional privado.

A Doutora Viviane Ferreira Mese é também uma grande companheira na associação Luso-alemã de juristas com quem pude trocar inúmeras experiências e ideias durante as reuniões de associação tanto Alemanha quanto no Brasil.

Mais uma vez, é uma honra e um grande prazer compartilhar esta mesa com vocês. Eu trouxe um tema para que possamos dialogar, debater sobre a internet, a inovação e os direitos fundamentais. Que nós possamos refletir um pouco sob a luz do que foi exposto pela professora Cláudia Lima de Marques: “o dever de proteção do estado ao consumidor”.

Antes de adentrar nas questões e na apresentação propriamente ditas, queria lembrar uma frase falada pelo professor Peter Hastings, ele esteve em um evento realizado pelo IDP há mais ou menos um mês, foi ex-supervisor de proteção de dados na Europa por muitos e muitos anos, e começou a palestra dizendo o seguinte: “nós queremos estar conectados e ser protegidos ao mesmo tempo.” Então, ele falava. Para conduzir este diálogo, será que isto é uma contradição, um paradoxo na internet?

Para que eu esteja conectado, navegue na internet, preciso abrir mão dos meus direitos fundamentais. É de fato uma ilusão, você pensar em direito à privacidade, direito à honra. Eu posso, sim, estar conectado e navegar na internet e ao mesmo tempo querer ser e estar protegido? Para guiar esta apresentação e para que possamos refletir

a respeito desta pergunta trazida pelo professor Peter Hastings, irei dividi-la, basicamente, em quatro pontos e peço ao professor Ricardo Morishita que me avise se eu estiver estendendo demais para não atrasar o próximo painel.

Para este debate, trouxe quatro aspectos introdutórios que são desafios trazidos pela internet para o direito, para o ordenamento jurídico: quais são as diretrizes constitucionais que nós temos em relação à internet e a defesa do consumidor como mandamento constitucional?

É bastante óbvio, hoje em dia, perceber que a internet traz tanto benefícios quanto riscos, por isto, ela é uma fonte de chances, mas também de riscos para o exercício dos direitos fundamentais. Claros são os benefícios trazidos por ela hoje, tanto na esfera individual quanto na esfera social e na esfera da empresa do estado. Sabemos que hoje a internet revolucionou a nossa vida na esfera individual, na maneira como organizamos nossa vida. O acesso aos smartphones, à computação em nuvem; a forma como organizamos nossa vida privada, individual e como a internet alterou isto, trouxe inúmeros benefícios. Estes benefícios foram trazidos também para a organização social, organização da sociedade civil. Cito aqui um exemplo sempre emblemático que é a primavera árabe como uma mesma sociedade civil que não tinha tanta liberdade em seus países. Ela conseguiu por meio da internet mobilizar a sociedade civil, como conseguiu mobilizar a sociedade em prol da defesa de seus direitos, certamente, revolucionou a forma do estado e das empresas de trabalharem.

Se formos pensar no exercício dos direitos fundamentais, no exercício do direito à comunicação, à liberdade de expressão, isto foi potencializado pela internet. Por outro lado, certamente, os riscos da violação aos direitos fundamentais também sofreram um grande aumento, sem parar de falar do direito à privacidade, do direito à honra. Não é preciso nem falar que tem vários exemplos a respeito destes riscos.

Entretanto, podemos falar que a internet ampliou também os conflitos entre os direitos fundamentais, porque ao mesmo tempo que ela potencializa muitos dos direitos, ela traz maiores riscos. Então, volto a falar do direito à honra, o conflito com o direito à liberdade de expressão, ou por exemplo, o direito ao acesso à informação em conflito com a propriedade intelectual. Estes são alguns dos paradoxos que a internet traz para nós e para que já passemos dos desafios.

São importantes os desafios que a internet impõe ao direito e ao ordenamento jurídico. Ela traz, em alguma medida, uma reformulação dos conceitos de esfera pública e privada. Será que podemos falar da internet como um espaço híbrido, uma espécie de esfera pública e privada. Citando alguns exemplos, podemos verificar que ao mesmo tempo em que os e-mails podem ser enquadrados claramente como comunicação privada, os chats, os blogs enquadram-se na chamada es-

fera pública. E o que se pode falar das redes sociais nas quais os perfis podem ser ajustados de acordo com a preferência dos usuários. Certamente, a maioria das pessoas presentes aqui, hoje, tem grande experiência e utilizam as redes sociais.

Outro grande desafio, muito explorado e falado por diversos autores, é um direito nacional frente a uma rede global. Como é que o direito que ainda é, majoritariamente, nacional pode enfrentar este fenômeno marcado pela sua globalidade? Outro desafio é o que se chama de web 2.0, porque os consumidores muitas vezes não são apenas consumidores. Eles não são apenas usuários dos serviços, também são criadores, então, é uma transformação da internet como meio passivo de obtenção de informação para um meio em que os usuários também assumem a função de criadores. Isto também traz inúmeros desafios para o direito, e outro paradoxo.

Outro desafio seria esta volatilidade frente à perenidade. É uma tensão que marca a internet, porque, enquanto muitos conteúdos podem ser constantemente alterados, blogs, sites, Wikipédia, os próprios usuários podem alterar isto de forma colaborativa. Por outro, existem inúmeras tecnologias que registram e armazenam enorme quantidade de dados, mais uma tensão que a internet presenta para nós. E uma outra tensão seria a possibilidade de manifestação anônima, muitas vezes temos esta possibilidade de nos manifestarmos anonimamente na internet. Frente a esta constante possibilidade de identificação e reidentificação possibilitada pelas tecnologias, aqui dá apenas para demostrar os inúmeros desafios que a internet apresenta para o direito.

Dada a complexidade deste fenômeno, como pensar em algumas diretrizes constitucionais e como o direito deve tratar esta novidade? É difícil dizer como o direito pode tratar, mas, certamente, deveria evitar algumas visões simplistas e dizer quais caminhos deveríamos evitar. Eu trouxe três visões que me parecem simplistas ou, pelo menos, unilaterais, a primeira delas é até uma visão que no começo internet foi bastante predominante.

Hoje, é raro ver pesquisadores ou doutrinadores defendendo esta visão, que seria a visão da internet como um espaço exclusivo de liberdade natural. É um espaço em que qualquer tipo de regulação é condenado, que você, basicamente, não precisa de nenhum tipo de regulação. Não precisa de norma jurídica porque a internet se autorregula. Ela seria o espaço em que os indivíduos e as empresas, naturalmente, exerceriam sua liberdade natural, isto já é uma visão bastante ultrapassada.

Sabemos que existem atores de diferentes portes, com poderes diferentes, que muitas vezes têm uma simetria de informação maior do que provê o serviço e do que aquele que domina a tecnologia. Então, admite-se que deve haver esta liberdade natural sem qualquer regulação. Esta liberdade natural é bastante simplista, por este motivo, os céticos acham que a regulação po-

de até ser necessária, mas ela não deveria acontecer porque é inútil.

Quem defende esta ideia são aqueles que advogam o fim da privacidade e o fim dos direitos fundamentais na era digital. Esta também, não me parece a visão mais adequada deste novo fenômeno. Uma outra posição, que acho importante evitar, seria uma posição paternalista, que busca regular todos os aspectos deste fenômeno sem considerar as particularidades. Sem considerar e restringindo as novas possibilidades legítimas de manifestação, socialização e criação.

Muitas vezes, aqueles que defendem a aplicação de todas as normas existentes hoje no mundo não virtual, não digital querem, simplesmente, aplicar estas normas no mundo digital sem levar em conta as particularidades e, em alguns casos, restringindo a inovação. Lembrando que, quem defende esta posição, nós sabemos, está defendendo, na maioria das vezes, o *status quo*. Defendendo aquele serviço, defendendo aquele que lucra ou domina um certo mercado. Como ele está perdendo aquela fatia do mercado, com a inovação ele defende o *status quo* e sempre tem uma defesa dizendo que vai defender o consumidor. Outras vezes, dizendo que vai defender o indivíduo, mas na verdade, ele está defendendo seu espaço, sua posição de mercado. Portanto, são posições e visões, que deveríamos evitar por serem unilaterais, simplistas e por não fazerem frente, não darem conta da complexidade deste fenômeno.

E, ainda, falando de novo das diretrizes constitucionais, eu gosto muito da frase do Peter Haberle que fala o seguinte, "na ordem constitucional não existe esfera que esteja excluída da aplicação da Constituição". Certo é, que quando falamos da internet é importante termos isto em mente, levar isto em conta.

Os direitos fundamentais, hoje, aplicam-se independente do meio ou espaço de interação, seja na esfera pública, frente ao estado, ao mercado, no mundo real ou no mundo digital. É claro que sempre podemos discutir se a eficácia é direta ou indireta, até mesmo, qual é a eficácia, como que aquele direito vai ser aplicado.

Não há dúvida de que não exista, hoje, nenhuma ordem, nenhum espaço que esteja livre da aplicação dos direitos fundamentais. Há até um texto muito bonito do Peter Haberle, professora Cláudia, que fala, exatamente, da aplicação da Constituição no mercado. O mercado não está livre da aplicação dos direitos fundamentais, portanto, a internet, também não. Recordo-me de uma frase, uma formulação muito bonita do professor Peter Haberle e está no texto das diretrizes constitucionais, que é muito importante discutirmos a aplicação dos direitos fundamentais e de que forma.

Como já falamos, pode ter sempre um conflito entre os direitos fundamentais e é importante enfrentarmos esta complexidade, que se discuta o caso concreto, qual a ponderação de fato, qual é o direito fundamental prevale-

cente neste caso concreto, é necessário evitar saídas simplistas dizendo que determinados direitos fundamentais têm prevalência sobre outros. Sabemos que existe este tipo de defesa, este tipo de posição, mas a posição que mais faz jus à complexidade do fenômeno da internet é o posicionamento de olhar o caso concreto. Há que se olhar as particularidades do caso concreto, identificar qual o direito fundamental, qual é a ponderação adequada para resolver o conflito daquele caso concreto.

Ainda no eixo das diretrizes constitucionais, sabe-se que os direitos fundamentais, toda a teoria dos direitos fundamentais inicia-se como direito subjetivo, como direito de defesa do cidadão frente ao estado. Mas, para enfrentar o fenômeno da internet existe uma dimensão dos direitos fundamentais muito relevante que não é apenas a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, há também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais; apenas esta teoria, que reflete esta dimensão subjetiva pode ser capaz de enfrentar os problemas da efetivação dos direitos fundamentais na internet. Isto vai além da visão clássica dos direitos de defesa dos direitos fundamentais, eles têm um significado jurídico objetivo para todo o ordenamento. Como sabemos, esta foi uma concepção iniciada no caso Luth da corte constitucional alemã. E neste caso a corte assentou que a liberdade de expressão, o direito à liberdade de expressão de Luth poderia ser exercida. Ela tinha uma eficácia especial de irradiação frente a todo o ordenamento jurídico e também um efeito na sua relação com a relação de Luth frente a entes privados e a terceiros.

Pode-se dizer que a eficácia da ideia do direito fundamental não ocorre apenas frente ao estado, não é apenas a relação do indivíduo frente ao estado, mas também do indivíduo em relação a outros indivíduos, empresas e a terceiros. Acho muito bonita esta figura da irradiação, da Constituição como esta ordem objetiva de valores que irradiam para todo o ordenamento jurídico, inclusive, para o direito privado. Nesta figura, a Constituição serve como um guia para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional.

Como já mencionado aqui pela professora Cláudia Lima Marques, quando estamos falando da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é de extrema importância olharmos a norma do Artigo V, 32, da Constituição Federal. A norma diz que o estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor. É interessante porque o constituinte, eu acho, foi muito sábio nesta formulação. Se olharmos a estrutura desta norma, deste direito fundamental, ela é por definição um dever de proteção nos moldes da doutrina alemã. Ela impõe, endereça ao legislador um dever de proteção daquele sujeito, daquele indivíduo vulnerável. É um reconhecimento, certamente, do constituinte e da Constituição de que os direitos do cidadão, do indivíduo e do consumidor não são violados apenas pelo estado, eles podem ser violados também pe-

las empresas e por outros entes privados. Neste artigo há o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em razão da desigualdade de poderes do fornecedor e do consumidor.

Em razão desta desigualdade de poderes, a liberdade formal firmada por meio de contratos pode não expressar, muitas vezes, a liberdade material do consumidor, a liberdade real. Portanto é daí que vem este reconhecimento da vulnerabilidade, que vem a necessidade de proteção. E a finalidade da proteção aqui, no caso, é permitir que o consumidor possa exercer estes direitos fundamentais na esfera econômica. A definição do dever de proteção decorre do conteúdo subjetivo das normas de direitos fundamentais. É um dever de proteção pelo estado dos direitos contra agressões do poder público ou de particulares.

O Artigo V impõe um dever de agir, e é interessante, porque na versão subjetiva, na dimensão subjetiva você impõe um dever ao estado de não agir, não agredir, e neste caso o dever de proteção é ao contrário, é um dever de agir endereçado tanto ao poder executivo quanto ao poder legislativo e judiciário. Quando este dever é endereçado ao poder legislativo, ele dá uma grande margem de conformação ao legislador.

Contudo o Artigo V, 32, não diz como o estado deve agir, mas ele diz, na forma da lei, então, há uma grande liberdade de atuação do legislador, respeitando, claramente a Constituição e os direitos fundamentais. Temos, aqui, uma formulação do professor Canaris, muito interessante, que éa proibição de proteção insuficiente.

Esta formulação é uma outra faceta do princípio da proporcionalidade, geralmente, vemos o princípio da proporcionalidade aplicado como a proibição do excesso. O estado não pode se exceder ao restringir direitos fundamentais. No entanto, quando se trata de leis de proteção é o contrário, o estado não pode proteger de forma insuficiente aquele cidadão, indivíduo e consumidor.

O interessante é refletirmos sobre o papel da tecnologia, da internet. A tecnologia pode, por um lado, potencializar e facilitar o exercício dos direitos fundamentais, por outro, ela pode gerar grandes riscos. Eu trouxe esta discussão, que parece óbvia, mas isto traz mais desafios ainda para o nosso regulador, nosso legislador. Eu preciso pensar que a tecnologia pode, por um lado, potencializar os direitos do consumidor, então eu preciso aproveitar e incentivar estas novas fórmulas, novas tecnologias para proteger, inclusive, o consumidor. Para dar mais liberdade de escolha, mais liberdade e autonomia para este consumidor. Por outro lado, eu também preciso proteger este consumidor dos riscos gerados por estas tecnologias.

Cabe lembrar quais são os instrumentos jurídicos que o direito traz e que o regulador pode usar, são incentivos positivos quanto negativos. Os incentivos positivos são apoio financeiro informacional, gradação de requisitos para aprovação de novos produtos e servi-

ços, contratos públicos pela preferência a empresas que utilizem determinado tipo de tecnologia. Os incentivos negativos são aqueles incentivos clássicos, o tradicional direito imperativo, estes dois tipos de incentivos, os dois tipos de instrumentos jurídicos devem coexistir para fazerem frente a este novo fenômeno.

Ressaltei, aqui, a questão da autonomia do indivíduo, quando estamos falando do exercício dos direitos fundamentais, ele só é possível no âmbito de uma arquitetura regulatória tendo como parâmetro principal a autonomia do indivíduo. Ainda que, estejamos falando de uma autonomia material, não apenas autonomia formal, autonomia fictícia, ela continua sendo o guia do legislador.

Em situações de desequilíbrio de poderes em que esta autonomia possa se transformar em uma heteronomia, aí sim, os legisladores devem atuar, entram em cena os deveres de proteção advindos dos direitos fundamentais. Estes são alguns exemplos, antes de falarmos da tecnologia, como é que ela pode potencializar e também gerar riscos.

Todos os senhores já ouviram falar do Uber, do aplicativo de um serviço chamado de Apaga, também tem o serviço Air BNB que em suma, ao invés de você reservar um hotel, pode reservar o apartamento de outras pessoas. Isto é interessante porque são dois serviços que trazem, digamos, inovações tecnológicas em grande perspectiva e acabam trazendo benefícios para o consumidor.

Alguns exemplos, como o caso do Uber, podem ser citados: ele traz avaliação do consumidor em relação ao motorista. E acho que, se o referido motorista tiver um número de avaliações negativas que extrapola o determinado, ele não pode mais dirigir, está fora do aplicativo. Este é um exemplo de como esta variação vem também em benefício do consumidor. Ele não vai ser mais atendido por aquele motorista, é uma forma de você controlar a qualidade daquele serviço sem ser por um meio regulatório. É uma forma de você regular, controlar a qualidade do serviço por um meio tecnológico.

A sistemática é a mesma em relação à Air BNB, quando você reserva um apartamento, reserva um quarto, paga pelo serviço. O consumidor transfere o dinheiro para este serviço, o dono do apartamento só receberá o dinheiro, o pagamento em relação àquele aluguel, depois que o consumidor entrar no mesmo e confirmar que é aquele que ele, realmente, quer. Se o apartamento, aluguel ou quarto corresponde a oferta, atende a publicidade que foi feita. Esta é uma forma de controlar o atendimento, a publicidade, sem utilizar o mecanismo regulatório, somente por meio do recurso tecnologia.

Isto mostra que, muitas vezes, a tecnologia consegue, de fato, trazer benefícios, inclusive, substituir a regulação estatal em alguns pontos. Por outro lado, há alguns riscos, principalmente, quando se fala de privacidade ou

de proteção de dados. Podemos falar do fenômeno *Bigdeira*, ele é uma forma de você processar uma quantidade absurda de dados pessoais ou não, fazendo previsões em relação a um indivíduo. Este *Bigdeira*, esta tecnologia permite fazer uma previsão sobre vários fenômenos, crises financeiras ou fenômenos naturais.

Quando estas tecnologias são utilizadas para prever o comportamento do consumidor pode trazer inúmeros riscos, por exemplo, no uso de um perfil do consumidor das redes sociais. Você usa o perfil deste consumidor ao utilizar o *facebook*, as redes sociais para prever se ele vai ter ou não uma determinada doença no futuro. Se esta informação for cruzada ou processada por uma empresa de seguro saúde ou de vida pode, muitas vezes, restringir ou encarecer o seguro para este cidadão. Isto pode ocorrer com informações, completamente, subjetivas que ele divulgou nas redes sociais. Posso delegar a ele, o acesso a um tipo de serviço determinado baseando nas informações prestadas nas redes sócias de forma subjetiva, que às vezes, nem foram postadas por ele.

Muitas vezes, as informações sobre alguma doença ou qualquer outro dado postado na rede são feitas por um amigo ou por alguém e podem não ser verdadeiros. Mas o indivíduo vai sofrer depois uma discriminação no mercado de consumo e ter o acesso a determinados bens e serviços restritos por causa destas informações. Hoje, sabe-se que muitas empresas de crédito utilizam os perfis das redes sociais para conceder ou não crédito ao consumidor. Restringe o acesso dele ao crédito sem ele nem saber que aquela informação está sendo utilizada. Ele imagina sempre que vai ter mais ou menos acesso ao crédito com base nas suas informações financeiras, mas às vezes não é isto que acontece. Em algumas situações o que atrapalha o acesso ao crédito, não são as informações de cunho financeiro, mas sim, a análise probabilística feita das informações prestadas nas redes. É uma estatística, e por causa desta análise probabilística, sabe-se que, muitas vezes, determinados tipos de consumidores com certos tipos de comportamento nas redes sociais têm mais probabilidades de adimplir ou inadimplir o contrato. Às vezes, esta probabilidade é de 50%, podendo chegar a 70% e mesmo assim posso estar sendo julgado, discriminado por causa desta informação e muitas vezes, não tenho acesso a elas.

Estas análises de *Bigdeira*, estes algoritmos são chamados de *bag blogs* pela obscuridade destas estatísticas, destes modelos estatísticos e da obscuridade destes modelos de decisão.

O que vale a pena, aqui, é mostrar o potencial destas novas tecnologias como os riscos que elas apresentam para o cidadão, O grande desafio é o que está posto, hoje, para o legislador em relação a isto. Ele precisa, de um lado, permitir que o consumidor, o cidadão possa exercer os seus direitos neste novo ambiente. E por outro lado, precisa também proteger o cidadão e o consumidor destes riscos.

Enfim, chegamos à conclusão de que é preciso construir uma infraestrutura que traga tarefas para vários atores. Ela tem uma tarefa para o legislador, mas precisa trazer uma tarefa para o pesquisador, o operador do direito, para o acadêmico do direito, e também para a sociedade civil. A tarefa do legislador é a de construir uma estrutura regulatória que possibilite o exercício dos direitos fundamentais, o desenvolvimento comunicativo, e ao mesmo tempo a proteção da personalidade no mundo digital.

No entanto, por outro lado, precisa do desenvolvimento de uma dogmática jurídica que possa lidar com este novo fenômeno da internet. De fato, precisamos de um apelo para pesquisas nesta área, somente assim, pode-se construir o conhecimento necessário para a formulação adequada de normas e princípios, e também a correta adequação das normas a este fenômeno.

Certamente, nisto tudo, entra a importância do diálogo entre usuários e empresas, órgãos reguladores e sociedade civil, da criação de fóruns de uma forma bastante democrática dos envolvidos. E só assim, podemos responder, afirmativamente à provocação de Peter Hastings de que é possível estar conectado e ao mesmo tempo estar protegido. Não será uma tarefa fácil, e esta será uma tarefa para os senhores e todos nós pesquisadores de direito. Muito obrigada.

CONSTITUIÇÃO, AUTONOMIA PRIVADA E MERCADO: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM PERSPECTIVA COMPARADA

Viviane Ferreira Mese*

*Doutorado em Rechtswissenschaft; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Advogada com experiência na área civil e empresarial; Professora Orientadora pela FGV; Professora Orientadora de MOT no Programa de Pós-Graduação Lato Sensu (GVlaw) em Direito dos Contratos financeiro.

Primeiramente, gostaria de agradecer o convite para participar deste congresso e também a oportunidade de dividir o painel com professores tão ilustres.

O tema da minha apresentação é a influência de conceitos constitucionais na revisão judicial de contratos a partir de uma perspectiva comparada. Eu represento aqui uma área do direito brasileiro que se encontra um pouco em crise, cambaleante, o Direito Civil. Afirmo, portanto, que minha apresentação vai ser uma provocação, mas com o sentido de postular pela defesa, pela sobrevivência do Direito Civil.

A revisão judicial de contratos foi tema da minha tese de doutorado na Universidade de Heidelberg. Especificamente, comparei na minha tese a aplicação dada pelo Superior Tribunal de Justiça no Brasil e pelo *Bundesverfassungsgericht*, é o *Betreuungsgeid*, que é o tribunal na Alemanha equivalente ao STJ, aos institutos da função social do contrato por um lado, e da quebra da base do negócio por outro lado. Os assuntos tratados aqui, foram objetos de análise profunda na minha tese de doutorado.

Meu objetivo nesta palestra não é tratar somente da influência dos conceitos constitucionais na revisão de contratos de direito privado, mas também, demostrar como esta influência ressalta determinados aspectos do direito brasileiro que não encontramos no direito alemão. E que só podem ser entendidos a partir da consideração da dimensão cultural do direito brasileiro, este foi uns dos resultados da minha pesquisa de doutorado.

Ao falar sobre dimensão cultural do direito, faço referência a um professor da Universidade de Heidelberg, já citado hoje, estudioso e grande divulgador do direito lusófono, o Professor Erik Jayme. Segundo o Professor, o uso alegórico da linguagem pode espelhar a cultura de um determinado país e ele usa como exemplo, justamente, o direito brasileiro.

Brevemente falarei sobre a função social do contrato. Ela foi introduzida no direito civil brasileiro pelo código de 2002, não há paralelo no direito comparado. O único paralelo que encontramos é a teoria da função econômica e social do contrato desenvolvido por Betti, dentro de um panorama histórico específico que era do fascismo italiano. O termo função social é encontrado também na constituição em relação a função social da propriedade e função social da empresa, mas o paralelo se esgota no uso da expressão, função social.

O Artigo 421 do Código Civil diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, ao contrário da função social da propriedade definida, de certa forma, pela Constituição. O Código Civil não diz, por exemplo, quais serão os efeitos de uma violação da função social do contrato. A tarefa de concretizar o conteúdo deste artigo 421 foi deixado para a doutrina e para a jurisprudência.

Certamente, o recurso a uma interpretação histórica do artigo também não ajuda, porque durante o longo proces-

so legislativo do Código Civil de 2002, não houve discussão em relação a este artigo que é de autoria do Professor Miguel Reale. Ele também não escreveu e não há trabalhos dele sobre a função social do contrato antes da promulgação do código. Os artigos que foram escritos são, na verdade, uma reação as críticas feitas ao Artigo 421.

Então, o que temos em relação à função social do contrato é um processo de concretização incompleto que foi relegado, digamos assim, para a doutrina e para a jurisprudência. E assim, como ocorre em outros casos, a doutrina e a jurisprudência têm que recorrer a outros princípios, não somente para o preenchimento do conteúdo deste conceito indeterminado, mas também para justificar a existência e a própria aplicação da função social do contrato. Um destes princípios é o princípio da dignidade humana, e irei restringir minha palestra na análise deste princípio específico.

Veremos como a doutrina brasileira explica a função social do contrato, em que contextos surgem referências a dignidade humana. Uma parte minoritária da doutrina diz que a função social do contrato é a causa do contrato, a causa no sentido do Código Civil, do Código Civil italiano, Código Civil francês, causa como a razão justificadora da validade do contrato.

Portanto, o encontro válido e eficaz de vontade não seria por si só suficiente para geração de efeitos jurídicos, uma outra justificativa, ou seja, uma causa seria necessária para que os contratos gerados por este encontro de vontades desempenhem uma função social, o reconhecimento jurídico do contrato dependeria então do preenchimento desta função social. Este conteúdo social que o contrato obrigatoriamente deveria ter como fundamento, segundo essa parte da doutrina, é o princípio da dignidade humana, porém, a doutrina não vai além dessa referência a dignidade como fundamento da função social do contrato. Não diz, por exemplo, quais efeitos concretos o princípio da dignidade humana teria para aplicação da função social do contrato.

Segundo uma outra parte da doutrina, o objetivo do artigo 421 seria garantir a igualdade material e solidariedade entre as partes contratantes. A exigência de igualdade material e solidariedade teria como fundamento dentre outros princípios constitucionais o princípio da dignidade humana. A Constituição Federal obrigaria o estado ao combate da desigualdade social também no campo do direito contratual, isto por meio da garantia da função social do contrato. Este eliminaria toda e qualquer desigualdade que pudesse comprometer a vontade livre das partes ligadas a essa interpretação da função social do contrato. Temos severas críticas ao liberalismo, ao individualismo excessivo do direito contratual do Século XIX, início do Século XX. A doutrina, porém, não dá maiores detalhes de como seria a aplicação concreta da função social do contrato, e a realização por meio da função social do contrato do princípio da dignidade humana.

Uma terceira linha doutrinária defende que a função social do contrato implica um efeito protetivo. Seja em relação a interesse de terceiros que possam ser afetados pelo contrato, seja em relação a interesses sociais. As partes contratantes estariam então obrigadas a considerar, proteger e até mesmo, realizar por meio do contrato um interesse coletivo. Mais uma vez, a doutrina não esclarece quais seriam estes interesses coletivos relevantes ou suficientes para serem realizados por meio da função social do contrato ou mesmo em que medida a autonomia privada tem o dever de realizar tais interesses por meio de um contrato privado.

Passo agora, brevemente, para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência do STJ é um pouco o reflexo dessa divisão da doutrina, encontramos diferentes grupos de casos na jurisprudência. Mas o grupo principal, reunindo o maior número de decisões é o grupo que define que a função social do contrato é permitir a revisão judicial de contratos, por isso, restringi a minha pesquisa a este grupo de decisões. Em relação a este grupo que diz que um contrato pode ser revisto com base na função social do contrato, gostaria de ressaltar uma determinada decisão do STJ. Esta decisão trata do contrato de crédito educativo, vou ler rapidamente a ementa e só uma parte, um parágrafo, a emente é longa, vou resumir: “ Ensino Superior – Contrato de crédito educativo, finalidade social, exigência peculiar das suas disposições. Multa contratual de 10% nos casos de inadimplemento. Percentual demasiadamente oneroso. Excesso. Posição dominante. Infringência de regras padronizadas do sistema de proteção do equilíbrio nas relações de crédito. Agravo regimental provido ou desprovido. ”

É importante destacar aqui, as normas insertas nos Artigos 421 e 422 do Código Civil, das quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana, deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro.

O que temos nesta decisão é um tipo contratual, contrato de crédito educativo em relação ao qual o código de defesa do consumidor não seria, segundo a própria jurisprudência do STJ, aplicável para redução da multa contratual. Então, o STJ não aplica o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, ele não pode aplicar para não ir contra a sua própria jurisprudência, e também não pode permitir que a multa seja mantida em 10%, porque esta solução seria injusta. Assim, ele recorre aos Artigos 421 e 422 que trata da boa-fé objetiva, para afastar a aplicação, a validade desta cláusula, e por via indireta aplicar a redução da multa contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor. Nós temos, então, a aplicação da norma que em princípio, refiro-me a norma no caso concreto,

seria uma norma do Código de Defesa do Consumidor não aplicável a este tipo contratual, e que é aplicada para amenizar um resultado que seria injusto, segundo o tribunal.

Voltando a minha dissertação, outro ponto analisado foi o instituto da quebra da base do negócio. Escolhi este instituto porque ele é o paradigma dentro do Código Civil alemão para revisão judicial de contrato. Essa base do negócio numa redução, digamos assim, uma simplificação, este artigo diz que o contrato será revisto judicialmente quando não é mais razoável devido à mudança da condição que era pressuposto do contrato. Em razão da alteração desta circunstância não pode ser mais razoável esperar que a parte contratante continue vinculada aquele contrato, por isto, ele tem que ser revisto.

Na análise das decisões do *Betreuungsgeld*, do Tribunal Superior alemão sobre a quebra da base do negócio, questionei na minha pesquisa quais seriam os parâmetros ou os argumentos utilizados para a revisão judicial dos contratos. Identifiquei dois grupos de decisões, no primeiro grupo, a revisão judicial tem como fundamento questões relacionadas à justiça contratual.

No segundo grupo, o fundamento da revisão judicial tem uma natureza objetiva. Nas decisões guiadas pela justiça contratual são dois os parâmetros utilizados para correção do contrato por meio da revisão, o primeiro deles é ato que é uma palavra impossível de ser traduzida para o português. Vou utilizar então o termo razoabilidade, não é mais razoável esperar que o contrato permaneça inalterado. O segundo parâmetro é a consideração dos interesses de ambas as partes, e nesta consideração o Tribunal alemão busca, geralmente, uma harmonização dos interesses quando entrarem em conflito. Os parâmetros objetivos são a divisão dos riscos contratuais, as condições contratuais típicas, as disposições legais que se apliquem àquele tipo contratual e o desequilíbrio contratual.

Tanto na origem deste instituto da quebra da base do negócio, quanto na sua aplicação pelo instituto possuem raízes no direito privado. Embora muitas das decisões analisadas na minha pesquisa tenham sido proferidas em razão das drásticas mudanças ocorridas no período de pós-guerra, não encontrei referência à influência de conceitos constitucionais na revisão judicial de contratos dentro dessa problemática da quebra da base do negócio. O que encontrei em algumas decisões é a referência à garantia do mínimo de existência, do mínimo para a subsistência.

Mas isto, não é em si um conceito constitucional, posso dizer, é que não se recorre, pelo menos na jurisprudência, a respeito da quebra da base do negócio a um princípio constitucional da importância da dignidade humana para justificar a necessidade da revisão judicial de um contrato, embora a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais, o direito privado tenha a aplicação e acolhida na Alemanha, pelo menos neste campo do direito, não conseguir identificar uma influência, uma aplicação.

Contudo, a pesquisa realizada para minha tese de doutorado teve alguns resultados que não eram esperados por mim. Toda vez que começamos uma pesquisa, procuramos solucionar diretamente um problema concreto, e no meu caso, os resultados mais interessantes que obtive não são relacionados diretamente com a função social do contrato, mas com características do direito brasileiro que são claras para nós quando estamos aqui ocupados com ele diariamente. Então, esta foi minha experiência, o distanciamento do objeto de estudo permite uma visão mais geral daquilo que está estudando.

O resultado mais interessante foram algumas características do direito brasileiro, a primeira, diz respeito à linguagem adotada pelo brasileiro; faz parte da tradição do nosso direito o recurso a uma linguagem, muitas vezes, mais bonita do que técnica. E isto explica, em parte, a existência de uma norma como a função social do contrato de conteúdo tão vago e potencialmente limitador da liberdade contratual e da autonomia privada, uma vez que, permite ao juiz uma ampla intervenção na relação contratual, como uma norma deste tipo pode ter tido sucesso durante o processo legislativo. Uma explicação possível é a beleza das normas retratando algo que todo mundo almeja em um contrato e como em qualquer outro tipo negócio jurídico tem uma função social. Este recurso retórico, esta utilização da função do contrato social vem ligada à dignidade humana. Este pacote função social mais dignidade humana é repetido sem que fique claro o significado atribuído a cada uma delas ou se dá exatamente a relação entre ambas, ou seja, em que medida a função social do contrato deve concretizar o princípio da dignidade humana.

Uma segunda característica do direito civil brasileiro é reflexo também da sua dimensão cultural, é a flexibilidade na sua interpretação e aplicação. Frequentemente, o direito civil brasileiro não vê problema algum na aplicação de uma norma não aplicável em um caso concreto, desde que, este desvio metodológico, vamos dizer assim, tenha como objetivo a realização de justiça no caso concreto. O desvio também é justificado recorrendo a estes institutos como a função social do contrato e da dignidade humana.

O direito civil brasileiro é marcado também por uma certa aversão à autonomia privada. Esta versão a autonomia privada é consequência, na minha opinião, da forma como o jurista brasileiro, em geral, vê o seu papel e o do papel que o próprio direito deve desempenhar. O direito não serve apenas para regular as relações jurídicas entre indivíduos e estado, ele deve ir além disto e realizar a justiça social. É fácil entender este papel que o jurista traz para si conhecendo a realidade brasileira e toda a desigualdade que marca o nosso país.

Finalmente, o direito brasileiro é marcado por uma grande influência do direito constitucional e do direito do consumidor que não encontramos no direito

alemão, porque, por questões de ordem jurídicas mais modernas, e segundo opinião geral mais aptas, o que resolve os problemas de hoje é o Código Civil, uma legislação tida como superada, mesmo o Código Civil de 2002, que na verdade, foi redigido na década de 60, 70.

Portanto, todas estas características refletem a dimensão cultural do direito brasileiro, e apenas com elas é possível compreender como direito brasileiro acolheu uma norma indeterminada e ao mesmo tempo, ser ameaçadora da autonomia privada e da liberdade contratual como função social do contrato.

Sem dúvida, o princípio da dignidade humana é de importância fundamental para a ordem constitucional brasileira. Todos sabemos que no nosso país ocorrem, diariamente, violações à dignidade humana. E eu me pergunto em que medida o recurso frequente à dignidade humana ajuda, é útil para a revisão de um contrato privado em que este recurso não seria necessário, tanto para o próprio princípio da dignidade humana, quanto para o direito privado e para o direito contratual. Será que, ao fazermos uso deste recurso com tanta frequência, nós não esvaziamos ao mesmo tempo o direito civil e o direito constitucional.

4

HERMENÊUTICA JURÍDICA: MÉTODOS, DESAFIOS E TENDÊNCIAS

A CONSTITUIÇÃO EM UMA NORMA JURÍDICA

Luís Roberto Barroso*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal; Doutor em Direito Público pela UERJ; Mestre em Direito pela Yale Law School, EUA; Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade de Brasília (UnB).

Cumprimento, na pessoa do professor Paulo Gonet Branco, os eminentes professores presentes na plateia. Cumprimento o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuja presença me impede de ser identificado como decano, tendo em vista ser o senhor o decano de direito constitucional dos professores em Portugal. No Brasil, o decano é o nonagenário Paulo Bonavides, que guarda ainda grave vigor físico e intelectual, além de um excelente senso de humor. Ele conta que achou muito estranho quando, de certa feita, num balcão de aeroporto, um desembargador aposentado e de idade bem avançada aproximou-se dele e se apresentou como ex-aluno. Enquanto escutava as palestras da professora Maria Lúcia Amaral, pude constatar que a plateia é composta por graduandos, como sou professor de graduação, em atenção à plateia, dividirei minha apresentação em dois momentos: no primeiro momento, falarei sobre a hermenêutica jurídica e na segunda, o mundo contemporâneo a propósito da hermenêutica jurídica.

Hermenêutica jurídica ou a interpretação jurídica pode ser capitulada para fins didáticos numa interpretação que eu classificaria como tradicional e nunca dentro da nova interpretação ou nova hermenêutica. Dentro da visão tradicional, é importante registrar que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica; conquista, aliás, histórica e importante, que foi transformar a constituição em uma norma jurídica e não apenas em um documento político; portanto, uma norma jurídica cujas proposições e cujos direitos são sindicáveis perante o poder judiciário. Por ser uma norma jurídica, a Constituição se beneficia dos elementos tradicionais da interpretação jurídica, gramatical, histórica, sistemática e teleológica; todos estes elementos se aplicam em alguma medida à interpretação constitucional dentro de uma perspectiva tradicional.

Ao longo do tempo, diante das especificidades das normas constitucionais, foram criados ou desenvolvidos alguns princípios específicos de interpretação constitucional e, aí, residem sistematizações para todos os gostos. Proponho aquela que identifica os princípios específicos de interpretação constitucional em seis espécies, que singularizam a interpretação constitucional no universo da interpretação jurídica. O primeiro deles é o princípio da supremacia da Constituição; o segundo, o da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais; o terceiro, o da interpretação conforme a constituição; o quarto, o princípio da unidade; o quinto, o da razoabilidade, proporcionalidade e o sexto, o da efetividade.

Evidentemente, não terei tempo para explorar mais detidamente cada um desses elementos e cada uma destas categorias, mas é importante assinalar que existem ideias que corresponderiam a uma interpretação jurídica tradicional, baseada nestes quatro elementos da interpretação jurídica em geral e em alguns princípios específicos da interpretação constitucional. Com o tempo, todavia, essa interpre-

tação jurídica tradicional foi se mostrando insuficiente para acudir a todas as demandas de uma sociedade contemporânea, que foi se tornando cada vez mais complexa, mais plural, e marcada por uma grande diversidade.

Estas mudanças levaram a transformações importantes no mundo do direito, das quais destacaria três – para não fugir ao hábito adquirido à época em que estudava direito tributário, das classificações cabalísticas tricotômicas. Para ilustrar esta crença na tripartição, volto à época em que havia gravado que os tributos eram três: impostos, taxas e contribuição de melhoria, e alguém ultrapassou esta barreira ao afirmar que o empréstimo compulsório também era imposto.

Nunca mais houve consenso sobre a divisão dos tributos, romperam a barreira do três. Há quem defenda, inclusive, a volta do binômio: imposto/taxa. Eu, então, resolvi criar esta superstição de as classificações serem tricotômicas, e isto tem me acompanhado e dividido minha doutrina, e as minhas palestras, normalmente veem divididas em três partes. Quanto a esta superstição, convém lembrar que o físico quântico Niels Bohr, vencedor do prêmio Nobel de Física, tinha em sua porta uma ferradura. Um dia, um jornalista perguntou para ele por que um cientista, um agnóstico que vivia na objetividade da vida tinha uma ferradura na porta do gabinete e ele respondeu "justamente porque parecia que dava sorte mesmo para quem não acreditava".

Estes elementos tradicionais da interpretação jurídica foram se tornando ineficientes numa sociedade cada vez mais complexas; nesta realidade, realidade contemporânea, houve três mudanças de paradigmas, três grandes transformações no modo como se pensa e se pratica o direito no mundo em geral, embora esteja olhando a vida como natural de uma perspectiva brasileira.

A primeira destas transformações foi a superação do formalismo jurídico, durante muito tempo; durante boa parte do século XX, vive-se uma crença de que o direito era fundado numa interpretação relativamente mecânica, em que o juiz fazia a subjunção de fatos à norma e pronunciava uma conclusão, vem de uma crença, de certa forma, jus naturalista de que o direito é a expressão de uma justiça emanente, a lei é uma expressão da razão, e o papel do juiz é fazer incidir nos casos concretos a solução para os problemas que foi concebida pelo constituinte ou pelo legislador e que estão materializadas numa norma e, portanto, o juiz do modelo tradicional desempenhava apenas uma função técnica de conhecimento.

Aplicar no caso concreto a solução que já estava na norma, para o bem e para o mal. A vida não é mais assim, ou pelo menos é assim em uma boa quantidade de situações, não apenas o direito – expressão de uma justiça emanente; o direito é, basicamente, a expressão de uma vontade majoritária que se cristaliza a cada tempo; como também não é verdade que o juiz desempenha ape-

nas uma função técnica de conhecimento porque, no mundo contemporâneo, ele se tornou um coparticipante do processo de criação do direito. Desta forma, a primeira transformação importante foi a superação do formalismo jurídico, da crença de que a atividade jurisdicional se realizava mediante uma atividade puramente mecânica.

A segunda grande transformação acontece após a segunda guerra mundial, que é o advento de uma cultura jurídica não positivista, cultura que não despreza a importância da lei e da norma jurídica, porque estas são conquistas civilizatórias importantes de despersonalização do poder, porém, supera-se a visão tradicional mais arraigada, sobretudo, ao longo da primeira metade do século, de que o direito pudesse caber inteiramente dentro da lei ou da norma e que pudesse ser separado por uma incisão profunda da filosofia moral. O pós-positivismo promove, precisamente uma reaproximação do direito com a filosofia moral do direito com a justiça.

Esta ideia é baseada ou é difundida no Brasil mais amplamente e, penso que ela é, emblematicamente, formulada por um autor alemão de grande curso no Brasil, que é o professor Robert Alexy quando, ao defender sua posição positivista, ele diz que o direito não vive apenas de sua validade formal, que possui apenas uma pretensão de correção moral, o direito tem uma pretensão de realização da justiça, tem compromissos com legitimidade democrática e, neste ambiente pós-positivista de que o direito se aproxima desses valores morais que, no caso brasileiro, estão incorporados na Constituição. O direito passa a ser interpretado tendo como centro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana e os múltiplos direitos fundamentais, materialmente fundamentais que dele decorrem, de modo que, uma visão pós-positivista da vida significa interpretar o direito e as normas jurídicas em conjugação com os grandes valores morais que, no caso brasileiro, estão incorporados na Constituição e presidem a vida em uma sociedade constitucional e democrática.

A terceira grande virada, na compreensão do direito vem com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico; não foi pequena esta transformação, porque ele não apenas produziu uma certa publicação do direito em geral, como passou a estabelecer uma visão de mundo a partir dos valores constitucionais. É importante esta virada, porque o direito, tal qual como é conhecido – a dogmática tradicional – foi todo reformulado sobre premissas de direito privado; os grandes nomes do direito eram os privatistas aqui; Savigny, por exemplo. Na verdade, no século XIX – século da consolidação da dogmática jurídica de transformação do direito e da tradição romana no direito comum, no direito civil, marcado, também, pelo código civil napoleônico. A virada do século XIX para o século XX foi marcada pelo surgimento do código civil alemão do BGBA dogmática jurídica, portanto, tem os seus alicerces no direito privado, no direito civil, e foi com ela que

todos nós aprendemos a trabalhar. Isto começa a mudar a partir da segunda guerra mundial e de meados para o final do século XX é perfeitamente possível falar num processo geral de constitucionalização do direito. A constituição passa para o centro do sistema jurídico e a leitura de toda ordem infraconstitucional passa a ser feita pela lente da constituição.

Para quem vem de onde eu venho, e conviveu longamente com o regime militar, essa é a vitória absoluta do constitucionalismo democrático e do direito constitucional, toda interpretação jurídica é, em alguma medida, interpretação constitucional, mas na vida, a gente tem que se humilde na vitória, a gente deve ser janela e não espelho, e, portanto, o direito constitucional não é uma forma de olhar para si próprio, é uma forma de olhar para o mundo, é um modo de interpretar as normas jurídicas em geral em busca das grandes promessas da modernidade consolidadas na Constituição, poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e quem sabe até, felicidade.

Pode-se dizer que este é um painel ligeiro de transformações que levaram a uma nova hermenêutica constitucional, na qual – ao lado daqueles elementos tradicionais a que eu me referi – soma-se novas categorias que, hoje em dia, fazem parte da semântica e da gramática do constitucionalismo em quase todo o mundo e, notadamente, no constitucionalismo brasileiro. Estas novas categorias e esta nova interpretação incluem ideias como a normatividade dos princípios. Até a algum tempo atrás, os princípios do direito brasileiro não eram sequer considerados normas jurídicas; elas eram a terceira fonte subsidiária prevista na lei de introdução ao código civil, pois os princípios passam de certa forma, para o centro do sistema e são dotados de normatividade, princípios como dignidade da pessoa humana, como moralidade, como justiça, como razoabilidade.

A segunda nova e importante categoria foi a percepção de que normas constitucionais entram em rota de tensão, entram em rota de colisão e, portanto, é preciso encontrar mecanismos de harmonização de normas constitucionais que entram em rota de colisão.

A terceira categoria desenvolvida mais contemporaneamente foi a da ponderação, há muitas situações na vida sobre as quais incidem direitos fundamentais contrapostos ou princípios constitucionais contrapostos, como liberdade de expressão e privacidade, como desenvolvimento e proteção do meio ambiente; estes são princípios que guardam entre si uma atenção e, portanto, quando incidem sobre uma mesma situação não é possível resolver o problema mediante subjunção a uma norma, porque há duas normas distintas postulando incidência. Certo é que, para lidar com esta realidade, foi preciso criar uma nova categoria, que é da ponderação, envolvendo aspectos mais complexos, mas que envolvem, basicamente, concessões recíprocas entre os valores em jogo e, eventualmente, escolhas a serem fei-

tas no caso concreto, e neste universo em que a vida ficou mais complexa e o juiz, em muitos casos coparticipante do processo de criação do direito, a argumentação jurídica é reabilitada e se torna particularmente importante, porque nas decisões tradicionais em que o juiz aplica o caso concreto, a solução pré-pronta que está na norma, a legitimidade da sua atuação está na separação de poderes; os órgãos eleitos criam a lei e o juiz, que não é eleito, aplica no caso concreto. Mas quando ele é coparticipante do processo de criação esta norma deve ser complementada pela argumentação jurídica, que, mais do que simples motivação, é a demonstração no caso concreto de que o itinerário lógico percorrido pelo juiz é adequado à constituição e produz a solução justa do caso concreto.

Isto era o que precisava ser dito em termos de uma visão geral arrumada, quanto à arte da interpretação jurídica, como é pensada no Brasil ou pelo menos como é vista por mim. De qualquer forma, é sempre bom estabelecer por convenção quais as premissas sobre as quais se trabalha; para mim, esta é a ideia de hermenêutica. O professor Nagib Slaibi gostava de contar uma história de que havia uma câmera do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que trabalhava um desembargador que, todas as vezes em que ia votar, abria uma gavetinha de um móvel antigo de jacarandá, olhava um papelucho, trancava o papelucho e trancava a gavetinha. Aparecia outro caso complexo e ele fazia a mesma coisa, e todo mundo ficava intrigado para descobrir que raio de papelucho seria aquele. Este pobre homem morreu no exercício da jurisdição e seus colegas de câmera, íntegros e probos, arrombaram a gavetinha e pegaram o tal papelucho que dizia: *ex tunc* para frente, *ex tunc* para trás. Cada qual sabe as dificuldades que carrega, portanto, se a gente convencionar, já sabe do que está falando.

Feitas estas observações, reafirmo que se vive em um mundo no qual o direito se tornou, progressivamente, indeterminado, o que aumentou o papel do juiz e a discricionariedade judicial, e criou um problema filosófico extremamente complexo, que é o de saber se existe ou não uma única resposta correta para todo o problema jurídico. Sem dúvida, é importante conceituar; quer dizer que a ideia de caso difícil expressa s situações para as quais não existe uma solução inequívoca na norma; são aqueles casos que exigem que o juiz seja coparticipante do processo de criação do direito; e estes casos se multiplicam desde os mais exóticos até os mais rotineiros, dou três exemplos de casos menos comuns, mas todos reais.

Pode um casal surdo e mudo pretender gerar, mediante engenharia genética, um filho surdo e mudo, para ter a certeza de que a criança vai viver no mesmo universo existencial que eles – questão é eticamente complexa. Dentro desta mesma linha, pode uma mulher pretender engravidar do sêmen do seu marido morto deixado num banco de esperma congelado, com que se afetará toda ordem de vocação hereditária. Um outro exemplo é um caso

real relatado por uma juíza paulista, havia uma fila de transplante de fígado, uma senhora recebe um fígado; a fila anda, um cavalheiro chega ao primeiro lugar da fila, um novo fígado depois de muitas semanas se torna disponível. Quando vai ser entregue ao cavalheiro, a senhora que recebera o primeiro fígado tem uma rejeição e entra em juízo para pedir um novo fígado que, em última análise, era brincar de Deus e decidir quem ia viver e quem ia morrer.

A característica comum a estes casos reais é que para nenhum deles havia uma solução inequívoca pré-pronta no ordenamento jurídico. Em todos eles o juiz tinha que criar, argumentativamente, a solução do caso concreto e para além destes três casos concretos, isto se repete na rotina da vida. Quando o cantor Roberto Carlos ingressa em juízo para impedir a divulgação da sua biografia não autorizada, ele invocou a seu favor o seu direito de privacidade e sua imagem, dois direitos constitucionais inscritos no Artigo 5. Aí vem um jornalista e diz que isso compromete a liberdade de expressão e o direito de informação ao público sobre uma personalidade pública. Este problema, que envolve uma hipótese de colisão de normas constitucionais mostra que os dois lados têm razão, os dois lados têm normas constitucionais substantivas a seu favor, mas o juiz não pode julgar como empate e condenar o escrivão às custas; ele tem de ser capaz de construir, argumentativamente, uma solução para o caso concreto sem hierarquizar os direitos de um em detrimento dos direitos do outro. O Supremo acabou de derrubar a norma do código civil que dizia exatamente isso, pois o princípio da unidade impõe a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais.

Quando se tem na Constituição uma norma que assegura como princípio fundamental do estado brasileiro, a livre iniciativa, e outra norma que assegura a proteção do consumidor, as duas normas em tese são compatíveis e convivem bem, mas chega um caso concreto que é legítimo ou não o tabelamento da mensalidade do plano de saúde. Tem que ser discutido no caso concreto se a livre iniciativa será sacrificada ou se será sacrificada a proteção ao consumidor, porque será abalada alguma medida em um dos dois. Quando a constituição aponta que um dos fundamentos do estado brasileiro é o desenvolvimento nacional e o fim das desigualdades regionais, e do outro lado fala que a proteção do meio ambiente, o juiz tem de decidir se é legítima ou não a construção de uma usina hidrelétrica na Amazônia, terá de ponderar meio ambiente com desenvolvimento nacional. Certamente, vive-se em um universo em que para muitas situações não há solução pré-pronta no ordenamento jurídico; ela deve ser construída argumentativamente, o que, é lógico, sacrifica em parte a objetividade do direito e a segurança jurídica. Vive-se em um mundo de razoável insegurança jurídica porque o ordenamento jurídico não consegue prever e prover previamente com so-

luções adequadas todos os casos, todas as situações que ocorrem na vida.

Surge daí uma discussão muito importante, que é a questão da discricionariedade judicial, se ela existe ou não. Aqui há um traço que separa de uma maneira muito radical a visão positivista de uma visão não positivista e que no mundo germânico foi o principal formulador, eu diria, do pensamento jurídico positivista um pouco adequado. Antes, ele defendia que a decisão judicial era uma escolha que o juiz fazia dentro de uma moldura, a lei oferece possibilidades de solução, mas a decisão judicial, o momento final da decisão judicial era um ato político, o juiz que escolha dentro das soluções possíveis aquela que ele acha que deva adotar. Devo dizer que não sou militante desta visão da discricionariedade judicial; o juiz tem o dever de produzir a melhor solução para o caso concreto, justa, legítima e constitucionalmente adequada. Não há, portanto, discricionariedade, porque ele tem de produzir a solução capaz de atender aquele mandamento de correção moral.

A questão, agora, é saber se existe ou não existe uma única resposta correta para todo o problema jurídico. Antes de responder ao questionamento, contarei uma brevíssima história de dois amigos que se encontravam no Alasca tomando uma bebida e a conversa girava em torno de mulheres, esportes e, por fim, depois de algumas doses, conversaram sobre religião, um era ateu e o outro religioso. O ateu vira para o religioso e fala que esta história de acreditar em Deus era difícil, que já havia tentado por inúmeras vezes, mas Deus nunca lhe aparecera; e que há pouco tempo atrás se encontrara perdido em uma tempestade de neve e não conseguira achar a saída; assim, quando viu que morreria, ajoelhou-se no chão e rogou a Deus para tirá-lo de lá. Ouvindo esta narrativa, o religioso se vira para o ateu e lhe diz que fora Deus quem o salvara uma vez que ele estava ali conversando e bebendo. O ateu retruca e lhe diz que Deus nem sinal dera; apareceu um casal de esquimós que o aqueceu e mostrou o caminho da saída. A moral desta história é que cada um vê a vida de ponto de observação diferente e, por esta razão, afirmo que do ponto de vista objetivo não é possível dizer que exista uma única resposta correta, que exista uma única verdade, que exista uma única certeza em múltiplas situações, porque dizer que existe uma única resposta correta ou mesmo uma única verdade significa que alguém tem o poder de dizer qual é a verdade; ela não existe por si só, ela passa a ser filha da autoridade, de quem tem o poder de dizer aquilo.

Claro está que não é possível afirmar que exista objetivamente uma verdade única e uma única resposta correta. Falo isto, mas divirjo de um grande amigo meu Ronald Dworkin, falecido há algum tempo e grande defensor da existência de uma única verdade correta. Há uma solução para este problema que é: objetivamente, não existe uma única resposta correta, mas subjetivamente, existe uma única correta. Cabe dizer que, para cada intérprete,

num dado momento e lugar, só é possível uma solução. Construir é a solução correta, o juiz não pode chegar ao final do estudo de um caso e dizer que não sabe ao certo qual a solução correta, ou mesmo, dizer tanto faz.

Certa vez, havia um juiz norte-americano que jogava moedinhas, quando o caso era difícil ele ia para trás e jogava, se desse cara, ele decidia num sentido; se desse coroa, decidia noutro sentido. Parece que o corregedor descobriu e proibiu esta prática, este método, digamos esta produção de decisões. Durante meses, o juiz passou a decidir de acordo com a própria cabeça, mas pelo que parece, meses depois ou semanas depois, o corregedor voltou lá e disse para voltasse para o método da moedinha, alegando que pelo menos ele acertava metade quando usava este método; sem ele, errava 100%.

Cabe dizer que o juiz chega a uma resposta correta do seu caso, ele tem verdadeira integridade em relação ao sistema, deveres de integridade significa levar a sério as normas jurídicas, os precedentes, as categorias próprias da dogmática jurídica. Além disso, ele possui deveres de coerência, com a sua própria produção jurisprudencial, de modo que ele não vá variando *ad hoc* os seus valores e os seus princípios; ele precisa construir uma história coerente das suas premissas decisórias, não pode decidir a mesma situação de fato de uma maneira no caso A e de outra maneira no caso B.

Em termos de questões contemporâneas de interpretação constitucional, essa indeterminação do direito é uma marca do nosso tempo, este papel do juiz como coparticipante da criação do direito é uma marca do nosso tempo, a existência, portanto, de algum grau de subjetividade nas decisões judiciais também. Não afirmo que é bom, mas que é um fato consequência da realidade vivida. Há uma vasta literatura americana que procura identificar quais são os fatores que, verdadeiramente influenciam na decisão judicial e há três formulações interessantes: um juiz é influenciado em primeiro lugar pelo material jurídico, a norma, os precedentes; segundo, um juiz é influenciado por sua ideologia, não aquela de pertencer à esquerda ou à direita, PT, PSDB, mas como qualquer pessoa, tem a sua própria ideia do que seja o bem, o justo; todos são influenciados, consciente ou inconscientemente, por isso; em terceiro, o juiz é influenciado pelas relações institucionais, pelo respeito que deve à posição do legislativo. Isto estabelece um limite máximo, respeito que deve ao executivo; a própria convivência dentro do tribunal é algo que também molda opiniões e formações de consciência. Ontem, por exemplo, estava com o Gilmar Mendes em pleno Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com 180 cadeiras; o Gilmar observou que, se com apenas 11 era difícil firmar uma tese, imagina como seria lá. Mas assim é órgão colegiado, tem a sua dinâmica e as suas circunstâncias.

Certo é que o Supremo Tribunal Federal desempenha hoje três grandes papéis, o primeiro é um papel contra majoritário, que é o papel que os tribunais constitucionais desempenham em todo o mundo, e toda literatura constitucional trata disso, é a possibilidade de 11 ministros, no caso brasileiro não eleitos, têm de declarar inválido um ato legislativo, ou de declarar inválido um ato do executivo; diz-se contra majoritário porque 11 pessoas, na verdade, nem onze porque bastam 6,6 pessoas não eleitas sem um votinho sequer e, provavelmente, sem nenhuma perspectiva que dependesse do voto, são capazes de sobrepor a sua vontade, sua valoração, a do congresso declarando uma lei inconstitucional, ou do executivo anulando um ato do executivo.

Esta competência dita majoritária, talvez o tema mais estudado na teoria constitucional, é legitimada porque se entende que a democracia não apenas a vontade da maioria, portanto não se faz apenas de voto, mas a democracia também se faz da proteção de direitos fundamentais e da proteção das regras do jogo democrático, e quem é o guardião dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático é o Tribunal Constitucional, isso legitimaria a função contra majoritária, que o supremo exerce com grande parcimônia. O que há no Brasil é uma judicialização ampla, produto de um arranjo institucional, mas o supremo no mais das vezes decide com autocontenção, por exemplo, pesquisas com células tronco embrionárias, um tema polêmico, eu mesmo fui advogado na ocasião, o supremo, é verdade que numa votação apertada manteve a lei, de modo que, o tema foi judicializado, mas a decisão do supremo não foi ativista, foi uma decisão de autocontenção, cotas raciais num acesso às universidades um tema controvertido, mas uma lei institucionalizou, a matéria foi judicializada, o supremo manteve a lei, portanto, já muita judicialização no Brasil, porque este é o modelo institucional que nós temos, mas não há muito ativismo, há mais hipóteses de autocontenção, demarcação da judicializado, mas a decisão do supremo não foi ativista, foi uma decisão de autocontenção, cotas raciais num acesso às universidades um tema controvertido, mas uma lei institucionalizou, a matéria foi judicializada, o supremo manteve a lei, portanto, já muita judicialização no Brasil, porque este é o modelo institucional que nós temos, mas não há muito ativismo, há mais hipóteses de autocontenção, demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, igualmente controvertida o supremo manteve a demarcação feita pelo ministro da justiça e homologado pelo presidente.

É evidente que a sociedade e as pessoas nem sempre conseguem distinguir bem a judicialização, que é produto de um modelo que constitucionalizou muita coisa, a Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias, mas fora isso, qualquer coisa está lá na Constituição, e, portanto, constitucionalizar é de certa forma judicializar, porque é tirar da política e trazer para o direito, as hipóteses

de decisões mais ativistas são excepcionais, o caso das drogas por exemplo, que o supremo está votando agora, eu mesmo votei pela descriminalização da maconha, essa é uma decisão claramente contra majoritária e com algum grau de pro atividade judicial, porque há uma lei que diz que o porte de maconha para consumo próprio é crime, mas ainda assim o supremo com três votos, ainda não acabou a votação está avançando para dizer que não é em grande parte ,professor, inspirado no modelo português no tratamento das drogas.

Segundo e penúltimo papel do supremo é um papel representativo, pouco explorado na doutrina, mas, sobretudo, no Brasil em que o processo político majoritário ainda funciona de maneira muito deficiente, o supremo, por vezes, atende a demandas sociais que não foram atendidas pelo processo político majoritário, fez isso quando decretou por decisão judicial a proibição do nepotismo nos três poderes da república, não vinha a lei e perpetuavase essa indecência patrimonialista em que as pessoas tomavam posse; para usar uma expressão do Carlos Ayres, eles não tomavam posse nos cargos, elas tomavam posse dos cargos, e nomeavam a parentada toda nos tribunais e nos órgãos do executivo, e mesmo do legislativo, e o supremo sem lei, mas com base no princípio da moralidade, da impessoalidade decretou a proibição do nepotismo, esta não foi uma decisão contra majoritária porque não se anulou uma lei, a lei não vinha, foi uma decisão representativa, o supremo fez por interpretação constitucional algo que poderia ter sido feito por via legislativa e não foi.

Coisa semelhante aconteceu quando o Supremo entendeu de impor a fidelidade partidária, não pode se eleger por um partido e mudar de partido no dia seguinte, porque isso frauda o sistema eleitoral; nós temos uma democracia de massa de grande estabilidade, temos o melhor sistema de apuração eleitoral do mundo, e provavelmente, temos o pior sistema eleitoral do mundo, eu não vou resistir a fazer esse parênteses, mas o sistema brasileiro de voto para a Câmara dos Deputados proporcional em lista aberta produz a seguinte consequência, menos de 10% dos deputados são eleitos com votação própria, 98% dos deputados são eleitos com transferência de votos dos partidos, o sistema é proporcional, verifica-se, o Professor Manoel Gonçalves tem um trabalho clássico sobre esse assunto, verificam-se quantas vagas cada partido vai fazer apurando-se o consciente eleitoral, apura-se o consciente partidário, e, portanto, o partido tem o número da cadeiras correspondente a sua votação, mas eu repito 8% só dos candidatos são eleitos com votação própria, todos mais são eleitos com transferência do voto partidário; olha a consequência do modelo brasileiro que gera um problema constitucional e de legitimidade democrática, e que, o candidato não sabe quem o elegeu, porque ele foi eleito por transferência de voto partidário, e o eleitor não sabe quem elegeu.

Indubitavelmente, tem-se um sistema em que o eleitor não tem de quem cobrar, e o eleito não tem a quem prestar contas e, portanto, sem nenhuma surpresa nós vivemos um momento em que a classe política é completamente descolada da sociedade civil simplesmente porque não há meio de comunicação, e isto não é causado por uma distorção pessoal dos representantes que estão lá, mas sim por um modelo eleitoral que impede o mínimo de *accountability*, o mínimo de responsabilização política de conexão entre o eleito e o eleitor.

Agora, uma coisa que muito me inquieta, que sempre proponho alguma solução para acabar com ela, é o número de processos; o supremo precisa julgar pouquinho, com qualidade, visibilidade, tempo de estudo, a gente julga, era para ser uma jurisdição de reflexão, se julga no reflexo, e completamente errado o modelo, completamente errado. O ideal seria que o Supremo não admitisse por ano mais recursos extraordinários do que possa julgar; o que acontece é que o processo acaba, é transitado em julgado, mas permanecem por lá toda a vida. Imagina que, quando cheguei ao gabinete, havia por lá processo do tempo de Moreira Alves, e olha que ele se aposentou em 2003. Fato é que o processo fica lá dormitando para depois ser mantida a decisão, é um absurdo o sistema. Deve-se pensar que jurisdição se presta em dois graus, devido processo legal em dois graus, depois, se não foi selecionado naquele lote que não tem repercussão geral, transita em julgado, acaba o processo; no mundo civilizado, o processo tem que acabar em seis meses, um ano, dezoito meses se for muito complicado.

O interessante é que se cria uma cultura que aceita passivamente que o processo leva três, quatro, cinco, oito, dez, doze anos, é um escândalo é um vexame, portanto, uns dos flagelos do terceiro mundismo e não ser capaz de ver um problema quando ele aparece imenso na sua frente, e depois que vê o problema tomar solução. Seria um ato de coragem acabar com este populismo de que se pode julgar tudo; pelo contrário, não se pode julgar, e caso seja feito, acaba-se julgando mal.

O último papel é um papel que eu gosto de chamar de iluminista e que tem de ser exercido com grande parcimônia, com grande autocontenção, mas em momentos históricos importantes, esse é o papel de uma corte constitucional, porque a suprema corte americana fez em *Brown vs. Board of Education* acabando com a segregação racial, foi o que a suprema corte, do tribunal constitucional da África do Sul fez acabando com a pena de morte, foi o que o supremo de Israel fez dizendo, tortura não é permitido em nenhuma hipótese, nem contra terrorista, nem contra ninguém; são saltos civilizatórios que se dão mesmo contra o senso comum e contra a vontade da maioria, foi o que o supremo fez aqui a meu ver no caso de união homoafetivas e depois casamento entre pessoas do mesmo sexo, não era contra majoritário porque não havia uma lei, não era representativo porque isso não era o senti-

mento majoritário da sociedade, mas era imprescindível para o avanço civilizatório para empurrar a história, e reconhecer que as pessoas são iguais independentemente da sua orientação sexual, e o que vale a vida são os nossos afetos, e não uma moral imposta heteronomamente.

É inquestionável que, neste universo já conflagrado da hermenêutica constitucional contemporânea ao supremo, as cortes constitucionais em geral ainda desempenham esses três papéis contra majoritários, representativos e iluministas. É preciso ter autocontenção e não presumir demais de si mesmo, isso vale para o supremo, como vale para todas as pessoas, eu gosto de ilustrar isso com a brevíssima parábola, que é a do equilibrista, a gente na vida está sempre se equilibrando, não importa se é estudante do primeiro ano de direito ou se é ministro do supremo, ou se está na plateia, ou se está no palco, a vida da gente, todo mundo, a gente está sempre se equilibrando, e tem de prestar atenção porque qualquer coisa a gente derrapa; inclina, às vezes, um pouco para um lado e para o outro, e segue andando. Às vezes, as pessoas que estão olhando de fora podem ter a impressão de que o equilibrista está voando, não há grande problema nisso porque a vida é feita de certas ilusões, mas o equilibrista precisa saber que ele está se equilibrando, porque se ele presumir demais de si mesmo e achar que está voando, vai cair, e na vida real não há rede. De modo que a interpretação constitucional e a jurisdição constitucional devem ser feitas da mesma forma que a vida deve ser vivida, com valores, com determinação com um pouco de bom humor, e com humildade.

IMPACTO METODOLÓGICO

Christian Baldus*

*Alemão jurista e Professor de Direito Civil e Direito Romano na Universidade de Heidelberg.

Agradeço, senhores presidentes, autoridades, caros colegas, caros estudantes, senhoras e senhores. Este convite é muito honroso para mim e, agradeço ao IDP e a Brasília pela oportunidade de estar aqui; não sei se terei a virtuosidade dos doutos *Longhi* nesta disciplina no uso do tempo. Tenho aqui um sumário que está acompanhado da biografia e não será projetado por estar quase todo em alemão. Hoje em dia, é normal o debate metodológico na Europa, portanto, depois da conferência estarão disponíveis na mesa umas cinquentas folhas fotocopiadas com a biografia para as pessoas que sabem e conseguem ler em alemão.

Iniciamos este debate dizendo que, quando sente a norma costuma-se questionar e a chamar a intenção do legislador da lei. Se um determinado resultado da interpretação é recusado, aparece tipicamente a expressão "não é possível que esta tenha sido a intenção do legislador", mas na verdade, o que se quer dizer é "não quero que este seja o resultado". Do ponto de vista linguístico, esta construção não oculta sua origem na teoria de negócio jurídico dos séculos XVIII e XIX. O antigo por sua vez expressava uma dogmática de interpretação que se orientava no que diz respeito às leis, frequentemente, em função de um modelo bastante diferente, baseado nas declarações entre particulares, em especial as regras sobre a conclusão do contrato. A raiz dos problemas atuais relativos a utilização do elemento histórico da interpretação concentra-se neste ponto e projeta-se em dois tipos de problemas, a dificuldade em se determinar o seu método de forma viável e a circunstância de ser ignorada no caso de conflitos com outros métodos em virtude da sua pretensa "importância secundária".

Nota-se um interesse renovado na metodologia e também nos seus aspectos históricos políticos, isto poderia interessar a cultura jurídica lusófona e nós queremos aprender com ela. Primeiramente, tomamos como premissa o fato da opinião dominante no direito privado restringir a interpretação histórica da análise dos materiais legislativos, como os projetos de lei e os respectivos debates parlamentares. Neste sentido a chamada interpretação histórica é compreendida só, ou quase genericamente. Questiona-se apenas o que pretenderam objetivamente aqueles que, segundo o direito constitucional, tem ou tiveram a legitimidade para legislar, porém, outro resultado pode vir de um novo entendimento desta figura. Em sentido amplo, a interpretação histórica nada tem a ver com a busca das opiniões existentes no passado, ao contrário retira consequências do fato de que o legislador e o intérprete se encontram diacronicamente no mesmo contexto histórico, e que devem exercer de modo realista e responsável os respectivos papéis.

Estas linhas grandes que vou trazer e as observações seguintes são formuladas a partir de uma perspectiva do direito privado. Dizem respeito, portanto, a um problema, que em princípio, são observadas também em outras do direito. No direito privado interessa-nos

o conteúdo de uma declaração e isto, principalmente, em relação à vontade do declarante. Aqui em certa medida, tem sentido buscar tensões das partes e precisamente, neste ponto, encontra-se uma diferença central em relação à interpretação da lei. O legislador já não é uma pessoa natural, diferentemente que se cria em alguns países no século XIX, ao contrário, a vontade legislativa é hoje a vontade de certas pessoas naturais só imputada, meramente imputada ao legislador. Na maioria dos casos, a vontade é uma maioria parlamentar, todavia, nem a maioria parlamentar comporia o legislador. Além disto, estas pessoas não agem sozinhas, e o grau da sua reflexão sobre o respectivo objeto da decisão é variável. Comunicação legislativa é justo privatista, o que se diz em relação ao direito privado não se ajusta ao problema de interpretação das leis.

É verdade que o legislador também pretende comunicar alguma coisa a alguém, porém atento a sua legitimação política e as características da atuação legislativa, ele não está perante os destinatários da norma e nem a uma situação similar à de um particular diante de outro. Esta especificidade manifesta-se, essencialmente, em três pontos que estão interligados, primeiro, as diferentes consequências de uma declaração defeituosa no caso da situação entre particulares e no caso da situação entre legislador e indivíduos. Segundo, a irrelevância a priori de uma declaração de vontades feitas por um terceiro nas relações entre indivíduos e o terceiro ponto, a possibilidade de empunhação da declaração individual nas relações entre particulares, e aqui, vou aprofundar só o terceiro ponto.

Este terceiro ponto trata da impossibilidade de uma impugnação por falta de comunicação na esfera legislativa. O legislador não pode questionar o fato de ser "compreendido de modo diverso do pretendido", isto deve ser destacado entre aspas, pois o conceito de vontade do direito privado sujo cerne é de natureza psicológica e não se adapta, de modo algum, a esta causa. Quando o legislador estabelece uma norma cujo teor ou cuja redação é nova, isto é, uma que modifica outra norma já existente, o aplicador do direito ordena que a nova regulação seja compreendida de um modo diferente do até então considerado vigente. Com isto, o legislador opõe-se por vezes a entendimentos, sobretudo na jurisprudência relativos à sua chamada vontade. Contudo, atentando para a forma adotada para o fazer, o legislador não está a determinar aquilo que supostamente ou realmente teria pretendido anteriormente.

A nova norma elaborada não é uma interpretação autêntica da norma anterior, já que não há interpretação autêntica hoje em dia. Antes, há que se concluir que não é possível depender de intenções, e de toda maneira nem é um sentido comparável, minimamente, a teoria da vontade do direito privado, da legitimação. è inegável que, o impacto metodológico do fato é que as leis são feitas por pessoas legitima-

das para legislar, talvez esta questão mereça destaque num Congresso de Direito Constitucional.

A teoria do esforço de direito estruturalmente direito público, assim como a metódica da interpretação das fontes, em princípio, a Constituição, decide quem cria normas, quem tem autorização para interpretá-las, e de que maneira o deve ser feito. Deste modo, tanto quanto se depende da legitimação para elaboração da lei e esta questão prévia deve ser respondida à luz da Constituição. Porém, como isto não é dito de maneira nenhuma, o critério concreto para o intérprete identificar onde encontrará o material relevante para interpretação, e ademais, como este material deverá ser apreciado, se isto depender da autoria do material e indivíduos com competência para legislar seriam consideráveis apenas as próprias ideias dos parlamentares e só.

Certo é que, à medida que a feitura da norma foi influída por meio do debate e da votação, cada pessoa aproveita das ideias já existentes. Na história não há fontes em branco, desta forma se ocorrem, em certa medida, uma imputação do pensamento de terceiros aos legitimados ou mesmo ao chamado legislador. É absolutamente incerto saber a quais regras o juiz sob imputação está sujeito. É dito que o legislador adota, por exemplo, fundamentos de um anteprojeto de lei que não foi feito por nenhum dos membros dos órgãos legislativos, que ele se apropria de resultados de pareceres jurídicos. Porém, no caso de o projeto de lei ter sido formulado ou influenciado por um escritório de advocacia ou por alguma associação ninguém vai considerar bem as opiniões dos tais autores como sendo a vontade do legislador.

No entanto, é fato notório que grupos de interesses atacam com grande empenho e muitos deles com êxito de maneira dirigida, uma específica formulação num projeto, receando que o texto seja passível de uma interpretação por parte do poder judiciário contrário ao interesse do grupo representado. Se uma certa redação surge ou desaparece de algum lugar do texto, isto pode permitir conclusões políticas históricas sobre o curso dos debates, mas não necessariamente sobre a vontade do legislador em termos jurídicos.

Por todas estas razões, a legitimação como categoria jurídica tem uma função legitimadora para determinadas imputações, mas não proporciona uma delimitação exata sobre específicas vontades relevantes. A legitimação não é uma categoria comunicativa, por isto, ela, para legislar, não tem qualquer relação com os vistos da interpretação normativa. Assim para interpretar não resta nada além de um olhar histórico para a situação tanto na qual a lei é produzida como para a situação na qual a lei deve ser aplicada.

No debate atual, algumas vozes querem defender a possibilidade de identificar intenções coletivas com a ajuda de novas teorias flutuantes entre filosofia, psicologia e sociologia. Eles não veem que isto cabe bem para o mundo do direito, é significativo que estas teorias têm que identificar materiais

relevantes e irrelevantes, e não escapa ao fim. Em uma situação, ficção descrita, o jurista é chamado a decidir o conflito tomando como paradigma o juiz e este precisa de um resultado aceitável e de um caminho para alcançar o método. Nestes casos, devem ser deixados de lado a vontade do legislador empregada apenas como efeito argumentativo, aqui não fazemos retórica jurídica.

Entretanto, se o juiz quiser realmente realizar uma interpretação histórica no sentido tradicional, genético, o melhor, será verificar nos termos da doutrina majoritária as ideias dos que participavam legitimamente do processo legislativo. O juiz olha para os materiais legislativos, contanto que estes lhe sejam acessíveis tecnicamente, linguisticamente, de acordo com a disponibilidade do tempo, aspecto muito importante. Esta acessibilidade acontece raramente, na Alemanha, alguns tribunais superiores utilizam certos textos oriundos do processo legislativo, os materiais legislativos quando o litígio exige. Mas as instâncias inferiores notoriamente sobrecarregadas e insuficientemente equipadas trabalham com tais textos apenas de modo excepcional, mesmo em casos inteiramente nacionais, para não mencionar aquelas matérias influenciadas, hoje em dia, para o direito internacional.

Há caminhos no direito que certos iniciados dos materiais legislativos chegam até a justiça por intermédio da literatura jurídica nomeadamente pelos comentários da lei ou pelos tratados orientados para as práticas. Todavia, até este caminho é em primeiro lugar estreito, e em segundo lugar propenso a erros, ademais os materiais legislativos dizem com frequência, mesmo em relação a leis tão centrais como, pensa apenas na lei para modernização de direitos e obrigações ao modo dois por um os materiais têm pouco valor. Isto ocorre porque o interveniente debate político não está em acordo, está pressionado pela falta de tempo ou por outras razões que nem sempre são possíveis.

Os limites da transparência se situam sempre na natureza de vida política, certas coisas não devem ficar claras, mas é admissível para, os aplicadores do direito, que o método de aplicação do direito dependa da oferta de informação, não pode ser metódica, isto não é pura teoria, mas sim, uma transmissão de regras. Esta decisão é um contínuo desenvolvimento destas regras para a práxis jurídica, a luz desta orientação para a prática. A procura pela chamada vontade do legislador é necessariamente deficitária, quais os consequentes doutrinais, são correntes e menção de uma importância secundária da interpretação histórica.

Esta ideia não é de modo nenhum fundamentada normativamente, porém, ela confere ao aplicador do direito, em todo caso, a possibilidade de uma interpretação histórica, e, por conseguinte, esta possibilidade concedida ao juiz para definir. Os termos da são criticados por uma parte da doutrina, particularmente, de direito público, mas não apenas neste, são criticados como uma estrada desprotegida contra

a arbitrariedade. Isto, até aqui, é o retrato do que pensa a doutrina majoritária na Alemanha. Esta corrente majoritária, que acabo de mencionar, vem sendo bastante criticada hoje, e não só do nosso ponto de vista, também há críticos que dizem crer ser possível recolher algo de substancial dos materiais legislativos. E com isto reclamam uma reorientação mais forte, a interpretação histórica subjetiva, porém, isto como vimos, normalmente, não é realizado.

Deste modo, existe algo que a práxis jurídica, em grande medida, não tem como atender. Portanto, é válida a assertiva de que ninguém está obrigado a prestar o impossível, nem sequer o juiz. Fica, porém, dito uma ressalva, concordamos com a referida crítica em um ponto essencial, a doutrina majoritária utiliza a chamada história do modo arbitrário, incoerente ao reduzi -la ao uso mais ou menos seletivo para a elaboração da lei. A demonstração disto se encontra na tese da chamada secundariedade na já que esta é marcada por uma forte contradição interna, ser geralmente importante até por razões constitucionais, o pensamento legislador, porque apenas do modo secundário é quem decide a aplicação do método, tradicionalmente, chamado de histórico e sobre as consequências desta secundariedade.

Defende-se que os materiais legislativos podem "confirmar" ou "mitigar" sempre aos resultados dos demais métodos interpretativos. Mas só confirmar se a consideração deste elemento histórico tiver de lidar com ato institucional, porque mitigar outro resultado, falta totalmente a coerência em tais concessões. Assim, a questão que se apresenta era saber se a relação entre a legislação e a interpretação pode ser compreendida de uma forma diferente e melhor. Uma forma que busque reaproximar teoria e prática a partir de uma nova premissa.

Para tanto, toma-se como ponto de partida a específica função comunicativa da lei. A função de impor uma determinada valoração para uma certa questão que precisa de uma regulação, para isto, são essenciais três elementos. Primeiro, a situação existente no momento da promulgação da lei, em segundo, a situação no momento da aplicação da norma, e assim como o terceiro, neste histórico problemático, no qual amplas situações, diacronicamente, se inserem e a partir do qual são explicáveis para os interlocutores.

Não se trata de fazer uma história geral da norma em questão quando se está diante de um processo histórico que necessita de uma análise jurídica, isto não é incumbência do juiz. Porém, é de se esperar que ao menos um juiz do Tribunal Superior questione sobre experiências tidas com o problema versado na norma em discussão, com eventuais soluções anteriores e com a solução formulada na lei atual. A atividade do legislador realiza-se sempre à luz de uma experiência passada, o direito é experiência jurídica, e não só ordem jurídica. É o legislador quem deposita no leito do caminho a próxima camada dessa experiência. Se este caminho será utilizado ou es-

quecido, dando origem a novos trilhos, só o tempo dirá. Em palavras singelas, existem soluções que funcionam em determinadas condições socioeconômicas e históricas e outras não. É preciso investigar este funcionamento em busca da melhor interpretação para o momento da aplicação da lei. Assim também tem uma questão de aceitação, aqueles que participam do processo legislativo conhecem o problema para resolver, conhecem as suas variantes, idealmente, até as tentativas empreendidas anteriormente para resolvê-lo, isto é a história dogmática do problema. Somente a partir deste plano, deste pano de fundo e com base nela, explica a respectiva tentativa de solução.

No momento da promulgação da lei realiza-se a tentativa de dar a história do problema uma nova direção, por exemplo, com o corte de um caminho indesejado ou por meio da promoção do outro caminho. O grau de precisão com qual o legislador conseguirá efetuar tais prescrições, vai depender da situação política e da capacidade técnica dos participantes deste processo. Na melhor das hipóteses seria convertida linguisticamente em uma norma de tal modo que os destinatários a pudessem reconhecer. Nesta situação ideal não haveria nenhum inconveniente para a preponderância da interpretação teleológica, se as partes reconhecerem na norma uma boa *raising legs*, esta respeita os próprios interesses legítimos, o vendedor, como o comprador. Mostra-se na aplicação da lei se a *raising* jurídica percebe, completamente, a viabilidade do caminho escolhido pelo legislador, nem sempre a linguagem proporciona o controle preciso de uma conduta. Nem a estará disposta a suportar resultados que não perceba como aceitáveis.

No âmbito do supletivo as partes têm tendência a evitar o que não é contra aceitação, e no âmbito do direito imperativo deve contar com tentativas de aludir a lei. A praxes tem muita consciência e traz experiências, por isto, a tendência desta é procurar sempre alcançar resultados aceitáveis na interpretação de normas. Para isto, tem que ter no fundo, objetivo claro e não induzir as partes a evitar ou eludir a lei. A liberdade do legislador, que é teoricamente, só é limitada pela Constituição e encontra limites na aceitação provável pelos cidadãos.

Quero aproveitar, ainda que uma controvérsia, uma metáfora de Ulrich, o antigo presidente do nosso Tribunal Superior de Justiça, ele falou no legislador com o compositor e juiz como pianista, e poderíamos dizer que a composição será executada raramente se ninguém quiser ou souber tocá-la. E quando for o caso, ela será interpretada de maneira voluntariosa ou simplesmente incoerente. Em qualquer um destes casos, não se contribui para a cultura musical, o ato de legislar é a última chance do legislador. Mas, em dado momento, mais do que última chance, o ato de legislar não é uma cópia deficiente da declaração de vontade privada, nem é o momento no qual os seus autores, ainda que sejam constitucionalmente legitimados, possam deixar de

lado arbitrariamente as tradições dogmáticas e o encadeamento dogmático do problema que se pretende resolver com a norma.

Este é o instante do qual o agente político deve realizar o que é momentaneamente possível nos limites dos seus recursos e da sua margem de manobra. A seguir, a norma paira no ar e deve ser interpretada de modo correspondente, ou seja, a partir da situação quando for a sua condicionalidade histórica. Se a sua limitação e abertura históricas e a norma são acessíveis ao aplicador da lei segundo as categorias linguísticas e sistemáticas, em geral, prevalece o objetivo e outras considerações. E isto, não só, por razões constitucionais, mas porque o aplicador da norma quer conseguir o resultado que seja possível de aceitação. A liberdade de que se necessita é a possibilidade técnica para obter a aceitação pretendida, só oferecidos pela categoria da finalidade objetiva da norma e eventualmente, da analogia. Isto é um discurso muito complicado comparado a analogia, por isto não falo nisto.

Fato é que, ponderações históricas no sentido daquilo que foi pensado ou dito no parlamento pelo legislador não podem ser utilizadas contra esses três elementos, ao contrário, pois, momentos históricos se encontram por trás da linguagem, do sistema e da finalidade. O legislador é treinado não apenas na aplicação das normas existentes, mas também na análise da história delas. Sabe dizer nos casos complexos e problemáticos o que os conceitos significam e que resultados são úteis, sendo com isto, passíveis de consenso, de aceitação.

Nenhum material legislativo serve de auxílio, se a *Praxe Forense* não consegue fazer da norma aquilo que parecia correto para o legislador, neste caso deve se legislar de novo. O ato da criação da norma é a última chance do legislador, embora isto ocorra sempre com a possibilidade de que seu ato seja refeito no futuro. No entanto, se quiser recuperar o controle e a lei que deixou escapar da sua mão, ele deve preparar-se de novo. O legislador só pode retomar o controle da comunicação feita por ele e deixada escapar legislando de novo. Neste ponto, a morosidade, a circunstancialidade da legislação pode ser uma chance. Esta morosidade, que é com frequência objeto de crítica, tem também uma vantagem. É certo que, a legislação modifica estas leis muito pouco, porém o receio frente ao novo processo legislativo assegura que o legislador não possa refazê-la constantemente, e que o aplicador do direito tenha assim a oportunidade de, para assim dizer, testar o potencial da norma.

Deste modo, no entendimento proposto para a interpretação histórica como sendo a análise da evolução da norma e de experiências feitas com a norma, a divisão de funções entre o legislador e o aplicador de leis permanece presa. Não está em discussão, de modo algum, uma dissolução da vinculação do juiz a lei, pelo contrário, este deve prestar contas abertamente a si e aos outros, de como determinou a finalidade da lei. Não é necessária a

vinculação do juiz a uma rigorosa subordinação e realista a opiniões subjetivas oriundas do processo legislativo. Nem para assegurar a separação de poderes, tampouco, para aprimorar a consciência dos juízes, muita pelo contrário, uma tal subordinação seria um pretexto perigoso para encobrir um possível recurso do juiz as próprias homologações, na medida em que se encontram afirmações no processo legislativo que correspondem aquelas ideias do próprio juiz.

Um exemplo flagrante deste risco fornece o controvertido caso que superior, com a referência a Una, "cito intenção de implementação do legislador que foi expressada concretamente e sustentado pela aceitação de sua conformidade com a diretiva". Esta referência mascara de forma capciosa a auto autorização do tribunal para uma chamada criação judicial do direito conforme a diretiva, isto na Alemanha é o limite da inconstitucionalidade.

Já dissemos que uma investigação puramente histórica de forma geral não pertence ao ofício de juiz, nem mesmo ao ofício integrante do Tribunal Superior, mas a quem invoca a evolução histórica dogmática da norma e experiências feitas no caso concreto e por não permanecer em um plano meramente abstrato. Se quiser encontrar aceitação neste caso para a interpretação judicial, o juiz tem que otimizar a história para o próprio raciocínio. Tem que indicar com análise concreta o motivo pela qual a história do problema recomenda uma certa interpretação e não outra. Os tribunais superiores têm juízes de grande cultura jurídica e também tem alguns recursos para pesquisas. É possível utilizar os resultados da ciência do direito dogmática, histórica e comparatista.

Entretanto, a situação dos tribunais de primeiro e segundo graus é outra. Assim quando o Tribunal Superior tiver analisado o problema também de uma perspectiva histórica, os demais juízes podem recorrer a este tipo de análise em casos parecidos, muito em breve, porque o Brasil é uma terra de investigação também teórica, teoria jurídica da interpretação em Portugal, eu disse doutrina e não teoria jurídica e hermenêutica geral.

A análise anterior parte da experiência prática do aplicador de direito. A ciência e o direito devem encontrar soluções viáveis e passíveis de um consenso social. Não é só uma ciência humana, mas também uma ciência social aplicada. Como ciência normativa, o direito tem nos textos o seu ponto de partida no qual se situa a essência do seu instante como ciência humana. Portanto, uma metodologia jurídica deve tornar possível uma abordagem dos textos que seja viável em razão da análise feita que poderia ter esperado a experiência de um sólido diálogo entre a hermenêutica filosófica e a teoria da interpretação jurídica. Usualmente, o debate geral da filosofia repercute-se de modo indireto, quando muito, de imediato, na ciência do direito, e em menor medida ainda, na prática.

Em relação a história de metodologia, ainda não se tem claramente por ad-

quirido quais correntes filosóficas influenciaram de forma determinante os doutrinadores do método jurídico do século XIX. Concretamente, ninguém sabe qual fora a influência abdicante sobre esta, ninguém sabe qual foi a influência sobre, existem questões que não são esclarecidas até o dia de hoje. No exterior, adota-se outra postura, só os filósofos de direito em primeira linha se dedicam a teoria da interpretação. Contudo, faltam neste caso de modo correspondente pontos de contatos entre filosofia de direito e dogmática jurídica, ainda mais, da relação daquela com a prática jurídica.

Assim, permanece inteirado o potencial atual de uma questão que entrou, em meados do século XX e foi estudada por atores importantes. Existe uma hermenêutica geral de ciências humanas, ou em princípio, a compreensão do texto e nas ciências normativas diferentes as outras. É possível distinguir a teologia, a ciência e o direito de outras ciências textuais, por exemplo, na interpretação literária o elo segue leis intrínsecas do texto normativo, talvez os amigos do Brasil possam nos ajudar como ter a competência em filosofia.

Será que, a experiência histórica no lugar de intenção histórica, as reflexões que fazíamos seriam entendidas equivocadamente se considerados como uma depreciação do elemento histórico ou como um pretexto para livre atuação do aplicador do direito? Trata-se na verdade, do contrário, a norma tem um potencial para a solução do conflito que é, historicamente, limitado e esta limitação decorre da formulação do texto, do seu texto sistemático e da finalidade que lhe é atribuída. É possível desdobrar este potencial em graus variados sobre diferentes condições históricas, a solução é encontrada somente à luz da evolução histórica e dogmática do problema. Há possibilidade também de aprender adequadamente os conceitos, os métodos e as finalidades da norma.

O que compreendo é que o conhecimento sobre a transformação das relações econômicas e sociais, esta intervenção da lei é, de certo modo, como disse Savignv, é um contexto histórico, e ela mesma passa a fazer parte deste contexto. “A norma” não é uma sequência de palavras cujo sentido teria sido fixado autorativamente de uma vez por todas, mas, ela é um contínuo histórico no fim provisório desta, o presente não é outra coisa senão o fim provisório do passado.

Está aí aquele que tem o poder de decisão no caso jurídico atual, como critério transversal de interpretação. A história do problema e sua solução marcam a interpretação gramatical, a sistemática teleológica. Uma interpretação histórica ajuda a conhecer o que uma palavra quer dizer, o que ela pode dizer em seu contexto sistemático e qual é o resultado desejável. Com isto a interpretação histórica tem uma função transversal, poderíamos até dizer, que toda interpretação é uma interpretação histórica, e não quem não acredita nisto, quem crê não ter sido marcado pela história na sua compreensão dos conceitos, e quem tem ilusões é perigo público.

Para terminar, as perspectivas é o método viável para uma jurisprudência responsável, ainda que específicos estudos públicos jurídicos possam ser de grande ajuda, não é preciso ser historiador de direito para uma determinação e disseminação do teor do texto, do sistema e da finalidade da norma a partir da experiência jurídica. O método deve ser pensado para o aplicador do direito médio, dependendo da mediação e dos conhecimentos históricos jurídicos por meio da experiência com uma certa norma. Não é a sua memória individual que conta, e sim, a memória coletiva da ordem e da experiência jurídica. Na medida em que seja identificável a formação, a experiência, o conhecimento e a jurisprudência, assim como a literatura jurídica, todos estes elementos ajudam a fazer frutificar esta memória coletiva.

Todo jurista consegue ler, e deve ser verificado em cada norma quais elementos super fáticos e abstratos podem gerar ou não problemas segundo a experiência. Se o aplicador do direito aprendeu na sua formação o que é tornar-se histórico e o como o texto social das normas devem ser refletidos, então, ele conseguirá fazer uso posteriormente dessas habilidades. Até mesmo o recuso a reiterada da jurisprudência dos tribunais muitas vezes execrada da ausência de caráter científico tem aqui seu valor. O que em regra é julgado de um modo e não de outro por relacionar-se a razões objetivas e a situações dos interesses das partes vai muito além de ponderações pragmáticas sobre a segurança jurídica e a formação de jurisprudência.

Portanto, a ignorância da jurisprudência é reiterada e significa, sobretudo, desconhecer uma experiência acumulada com a aplicação da norma. Se é um comentário direcionado a práxis forense ou manuais de direito, no qual há algo que não parece ser facilmente reconduzível ao texto da norma, então, isto não é nem preceito normativo, não nem um motivo para obediência cega, nem para arrogância acadêmica, é antes de tudo, motivo para reflexão.

Depois de tudo isto, pode ser possível no caso concreto, que os materiais legislativos também ajudem a tornar frutífera esta experiência, se elas contiverem declarações que na verdade auxiliem a compreensão do troe do texto, do sistema e da finalidade da norma. Contanto que, os debates mantidos até a promulgação da norma permitam a inferência para revelar o significado das palavras, das conexões sistemáticas do objetivo da regulação. Os materiais legislativos são neste quadro, e só neste quadro, relevantes, e não existe lugar para um topus argumentativo em separado.

Realmente, para terminar, não se deve andar totalmente apoiado nas mãos dos legisladores históricos, porque, em muitos momentos, não é possível conhecê-los, digamos pessoalmente, mas, sobretudo, porque ele não é nada mais do que o observador do problema em sua substância situado em algum ponto determinado no passado. Nós contemplamos o problema e

a contribuição do legislador histórico para a respectiva solução a partir do nosso presente. A dignidade constitucional do chamado legislador, o seu direito de decidir no seu tempo e na sua função moderna não altera nada neste processo de historização, tampouco nos processos comunicativos a que chamamos de interpretação. O que vigora é a norma e não o criador desta, quem tem que tomar decisões na condição de observador de hoje sob direito constitucional atual não tem permissão para se esconder por trás do criador da norma. Cada autor carrega a sua própria responsabilidade. Muito obrigado.

HERMENÊUTICA JURÍDICA: MÉTODOS, DESAFIOS E TENDÊNCIAS

Rafael Longhi*

*Doutorando em Direito (Heidelber); Advogado e membro da DLJV, LL.M (Heidelberg); Assistente do "Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft" da Universidade de Heidelber; Investigador do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito (THD) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Cumprimento a todos os presentes em nome de Paulo Gonet, Presidente da mesa e aos demais integrantes desta mesa. O tema a ser abordado trata do uso do direito comparado como método de interpretação. Após uma breve introdução, falarei sobre aspectos históricos do direito brasileiro. A seguir, de alguns entendimentos do direito alemão para fins de contraste. No final, a análise de uma possível perspectiva para esta questão.

A comparação de sistema jurídico já foi objeto de palestras anteriores e permite, fundamentalmente, que nós consigamos visualizar melhor o nosso próprio ordenamento. É como se estando aqui no Brasil, estivéssemos em meio a floresta e a partir de uma perspectiva do exterior, conseguíssemos visualizar toda a floresta, em toda sua dimensão.

Portanto, a comparação de sistemas jurídicos tem uma importância particular em termos de comunicação. Ela promove o diálogo entre diferentes sistemas jurídicos, destaca a percepção sobre semelhanças e diferenças permitindo o confronto das diversas soluções jurídicas propostas para uma questão de fato semelhante. É certo que o direito comparado não se limita a comparação legislativa, a circulação de bens e pessoas, reforçada pela internacionalização de conflitos aumenta a necessidade desta comunicação.

Esta comunicação trata-se de um diálogo dependente de uma linguagem cuja semântica é construída por juristas. O jurista é o artífice convocado para viabilizar este diálogo, fatores históricos, principalmente, remeterem a uma aproximação que ultrapassa a mera ideia do conhecimento de normas de um sistema jurídico alheio. Isto para fins de elaboração de leis ou mesmo para o aprimoramento da percepção de um outro ordenamento jurídico.

Determinados valores consagrados no âmbito constitucional são compartilhados por diversos países. Entretanto, a dificuldade de transpor, linguisticamente, a ideia representativa dos referidos valores para elaboração da norma, por vezes, culmina em um enunciado linguístico de pouca densidade normativa. Em tais casos, qualquer ponto de apoio a fundamentação que sirva para conferir maior transparência ao item interpretativo parece ser bem-vindo.

Na Alemanha, existem alguns consensos doutrinários em torno do método jurídico que viabilizam uma estabilidade na adaptação das leis. É indiscutível que o uso do direito comparado para interpretação da norma concorre com outros métodos. Ele é sempre combinado com os tradicionais cânones interpretativos, histórico, sistemático, teleológico e gramatical.

Contudo, não interessa quando o resultado de um estudo comparativo é citado como mero tópico argumentativo, porque ele tem tudo o que um jurista precisa em um método, ou seja, de um caminho que permita alcançar a definição da solução jurídica.

Um olhar sobre a experiência brasileira permite afirmar que a construção deste caminho tem passado, cons-

tantemente, pela integração do direito comparado ao item argumentativo das pesquisas acadêmicas, nas jurisprudências dos tribunais torna-se possível aferir uma relação bastante próxima de direito comparado. A repercussão de certas obras jurídicas estrangeiras é de tal intensidade que, certos autores do século XIX, como Savigny, ainda que nascidos na Alemanha, é como de alguma forma, tivessem adquirido uma alma brasileira, basta confrontar esta afirmação com livros sobre direitos reais que nós encontramos, hoje, nas estantes para verificar que o confronto nosso com determinados juristas ocorre em algumas ocasiões em maior medida no próprio direito de origem.

Esta proximidade pode mitigar a percepção das diferenças e, principalmente, dos limites na utilização do direito comparado no âmbito do direito interno. A transferência de doutrinas jurídicas alheias não equivale, necessariamente, a uma transferência de tecnologia, isto, porque há uma potencialidade cujo conhecimento depende eminentemente do trabalho doutrinário.

Sobre a condição do jurista como comparatista o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira escreveu uma ideia que é possível inferir do seu texto uma linha de muitos civilistas desde Clóvis Bevilacqua. Ele entende ou confere um valor especial a comparação em direito, na verdade, atribui-se à doutrina a responsabilidade pelo encadeamento sistemático da questão dogmática versada.

Antes de criticar o poder judiciário em seu proceder por utilizar em demasia o direito comparado, por exemplo, na interpretação de certos expositivos de lei, seria imperiosa uma autorreflexão da doutrina sobre seu proceder. Até mesmo, para que a admissibilidade deste recurso ao direito comparado seja devidamente tematizada.

É verdade que, a mencionada concepção sobre a utilização do direito comparado como método segue uma linha de entendimento que deita raízes históricas mais profundas. Numa forma elementar o direito assume relevância com a lei da boa razão de 1769 que só foi revogada com a entrada em vigor do primeiro Código Civil em 1891. Tem-se a impressão de que esta lei, já em fins do século XIX, não teria influenciado o nosso direito.

Trouxe um texto de um decreto para demostrar que a técnica legislativa utilizada em meados do século XVIII foi reutilizada no Brasil no fim do século XIX. Vou ler em voz alta a parte final do Artigo 386, "os estatutos dos povos cultos, especialmente, os que regem relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal", ou seja, nós recorremos a um direito estrangeiro para completar as lacunas do nosso direito. Isto utilizando uma técnica que já em fins do século XIX seria mais atual. E, aqui, a importância do direito comparado, nessa época, torna-se mais clara com a obra de Clóvis Bevilacqua.

Em 1891, nós temos a criação de disciplinas e legislação comparada, são três cadeias, uma em Recife, outra em São Paulo e a outra no Rio de Janeiro. Dentre estes, Bevilacqua chega a elencar a comparação com um princípio elementar da formação intelectual, além disto, afirma o ilustre jurista, ele divide aqui entre povos que seriam criadores e povos que seriam imitadores. Não surpreende aquele que estuda a história que a nossa história do século XIX é uma imitação de várias legislações. É possível perceber que se elenca aqui o quadro dos países que, mais tarde, venham a influenciar o direito brasileiro como o direito francês, alemão, o direito italiano em termos de direito civil, o direito inglês e o norte-americano, principalmente, nas relações de direito público.

Este texto de Clóvis Bevilacqua, para quem pensa que naquela época já era antiquado, foi relevante porque foi publicado em 1897, logo depois, ele foi indicado para a redação do projeto do Código Civil brasileiro de 16. Segundo a doutrina da época, esta obra na qual foi publicada esta tese foi a projetada por Clóvis Bevilacqua no cenário do direito civil brasileiro, deixando de lado outros grandes civilistas que concorreram também para a redação do Código Civil de 16.

Segundo Araripe Júnior, é a obra que projeta Clóvis Bevilacqua como eminente *jus privatista*. Mesmo sua tese dos povos imitadores não ter sido, posteriormente, aproveitada, a importância que ele confere em comparação à luz do direito vigente mereceu, notadamente, ampla acolhida na doutrina que lhe seguiu.

Atualmente, a visão que temos do direito comparado parece ser muito clara de algumas lições de professores alemães sobre o tema. Em meados do século XX é escrita a obra introdução à comparação do direito por. Praticamente, inexiste uma tese sobre o tema direito comparado que não tenha discutido este livro. Alguns veem nele o fundamento do direito moderno comparado, principalmente, por causa da sua exposição sobre o método funcional, que hoje, é o que prevalece na doutrina comparatista alemã. Contudo, vem sofrendo muitas críticas, mas não tem chegado ao mesmo nível do direito brasileiro.

Por sua vez, Peter Haberle, sustenta a necessidade de se reconhecer o direito comparado com o V cânone interpretativo, em suas palavras, nisto consistirá o passo de Savigny para os dias atuais. A teoria dos direitos fundamentais seria a ponte para unir os vários países que compartilham tais valores jurídicos. Porém, esta teoria deve ser entendida em conjunto com sua tese sobre a estratificação do texto protetivo dos direitos fundamentais. Isto é, com a ideia de que o texto normativo é composto por diversos estágios intermediários em contínuo aperfeiçoamento para incremento da concretização de direitos fundamentais.

Como pano de fundo tem-se o argumento de que os direitos fundamentais não têm vigência, simplesmente, são concretizados por meio da inter-

pretação. No entanto, admite-se que o direito comparado não alcançava a mesma importância de outros cânones interpretativos, neste artigo de meados da década de 90, tratava-se de um *plaidoyer* em favor do direito comparado como V cânone interpretativo.

Por outro lado, Kisher sustenta que o direito comparado tem uma função auxiliar na interpretação. Assim, este pode constituir importante recurso no auxílio, mas não há de tornar-se elemento disjuntivo do sistema. O autor destaca a naturalidade do direito comparado na interpretação, quando é o próprio legislador que se vale do direito comparado para conceber a norma do direito interno. Com isto, defende que o significado objetivo da norma interna não seria verificável sem um exame do contexto do direito estrangeiro que deu origem a norma, tida por a norma do direito interno. Como exemplo, o legislador grego se orientou na redação do Código Civil ao modelo do BDB, parece justificável que os tribunais gregos recorram na sua interpretação prática, fortemente, as prescrições deste.

No âmbito do direito interno, a doutrina majoritária adere ao entendimento de que o direito comparado constitui um método de interpretação ao lado dos outros cânones interpretativos. É perceptível que certos fatores contribuam para este olhar reticente frente ao direito comparado como método de interpretação.

A vinculação do juiz à lei e ao direito é determinada pela lei fundamental alemã. Não se supõe, porém, nesta vinculação o conhecimento do direito estrangeiro do juiz. Este aspecto é importante, mas é necessário destacar entre os óbices apontados pela doutrina, um outro, a construção teórica do direito comparado, especialmente, em relação ao método funcionalista. Ele tem subjacente, uma visão universalista que há de propiciar a própria realização da comparação. É necessário despir-se das amarras sistemáticas do ordenamento jurídico e buscar sempre aprimorar a questão que conduzirá a investigação.

Entretanto, isto passa, necessariamente, pela barreira linguística. Por trás do uso de uma certa língua para realização da comparação tem-se uma questão de poder. A teoria ou normas alheias tem, em si, valores incutidos como expressão de uma certa cultura que é materializada no texto. Além disto, existem limites à tradução do texto, como foi visto aqui no painel anterior, em que os professores que compuseram a mesa, professora Cláudia Lima Marques, professora Laura Shertel e professora Viviane Mese, todas exímias comparatistas, todas fizeram doutorado na Alemanha, mas é preciso destacar que quando elas falaram, por exemplo, em termos de direito alemão experimentaram esta realidade, até para desmitificar a própria visão do próprio ordenamento.

Observamos, então, que por trás do uso de uma certa língua para realização de comparação tem-se uma questão de poder, e nem sempre será possível traduzir a ideia original em um

termo equivalente no idioma de destino. O uso de direito comparado como método de interpretação depende de um acesso linguístico ao texto. Isto é destacado pela doutrina tanto para realização do estudo comparado quanto para o seu aproveitamento e interpretação de uma norma.

O aspecto linguístico surge como o maior obstáculo para um êxito do estudo comparativo. O problema é que mesmo quando o contexto é linguisticamente acessível, um aspecto importante permanece sempre a sua margem, principalmente, sem o prévio filtro doutrinário. Quando se lê uma tradução de um autor alemão, não se tem ideia do contexto no qual esta obra é inserida na Alemanha. Isto dificulta a localização da discussão do direito estrangeiro, por isto, que é importante o conhecimento da lei. A comunicação que se objetiva no contexto é inserida em dado contexto, a mensagem também é dependente disto. Quem só olha para o texto, talvez, desconsidere aspectos importantes para transmissão da mensagem implicita nesta comunicação. É nesta análise que o trabalho do comparatista ganha relevo, potencializa-se os desvios relativos a concepção teórica original.

Naturalmente, a questão linguística é apenas um dos fatores internos que condiciona a possiblidade da própria comparação. O direito comparado na visão do Tribunal Constitucional Alemão, as reticências por parte da doutrina alemã não obstam que a corte constitucional se utilize do direito comparado em suas decisões. Em alguns casos a doutrina comparatista é invocada para fundamentar a percepção de uma imagem do tribunal sobre direito estrangeiro, seja por intermédio da citação dos estudos comparados ou pareceres de outras instituições, como.

Todavia, há oportunidade em que o caso é, linguisticamente, perceptível de modo direto pelo julgador, ou seja, que o direito estrangeiro é perceptível de modo direto revelando-se em tais casos uma maior influência do direito estrangeiro na jurisprudência da corte. Em todo caso, trata-se de um simples meio auxiliar para interpretação da norma.

Quero citar aqui, uma pesquisa sobre as referências do Tribunal Constitucional Alemão a decisões de outros tribunais, a fonte é uma tese de doutorando. Foram analisadas decisões constantes do repositório oficial do tribunal proferidas no período entre 1952 e 2007. Foram decisões cujo fundo impõe a análise do direito estrangeiro, ou seja, trata-se de um confronto com o direito estrangeiro com a finalidade de dar uma imagem determinada a norma de direito interno. Identificou-se que a jurisprudência norte americana tinha citado em 27 decisões, sendo seguida pela jurisprudência da Suíça e da Áustria com 16 e 13 citações, respectivamente. A influência do direito americano merece várias críticas da doutrina, e aqui, é o paralelo que talvez sirva ao direito brasileiro.

Fato é que o direito comparado cumpre uma função secundária nos casos em que o conhecimento sobre direito

estrangeiro não é imprescindível para a solução do caso concreto. Com certa segurança, é possível dizer que o direito comparado não alcança a mesma posição dos demais cânones interpretativos, e que cumpre na doutrina, primordialmente, a função de filtrar os limites e as utilidades das afirmações decorrentes de estudos de direito comparado.

Sabemos que, historiadores do direito são observadores das experiências jurídicas, não tem a chave para o futuro, mas refletem sobre a experiência. Deste modo, vê-se que a comunicação entre diferentes temas jurídicos surge, inevitavelmente, em uma época em que a comunicação ultrapassa no dia-a-dia as fronteiras antes pensadas, porém, é preciso refletir sobre a qualidade desta comunicação.

Não podemos criticar a utilização do direito comparado pela jurisprudência quando é a doutrina que serve, principalmente, de recurso ao direito comparado nas construções dogmáticas atribuição de uma função específica. A doutrina vem acompanhada da responsabilidade pela reflexão quanto a utilização do direito comparado. Ela é o filtro doutrinário a sopesar a tradição jurídica, que parece constituir o contraponto do direito alemão, a um alargamento da importância do direito comparado em termos de método jurídico.

A memória coletiva decorrente de uma constante reflexão crítica sobre a experiência jurídica pode ser, neste contexto, a melhor resposta a ser colhida no direito alemão contra um açodado recepcionado direito estrangeiro. Digamos, por exemplo, que Franco Montoro surgisse contra a importação irrefletida de institutos jurídicos pelo legislador, de trazer à luz a reflexão sobre uma experiência jurídica que parece esquecida, não é esta a tarefa do historiador do direito? Muito obrigado.

Agradeço ao senhor presidente da mesa em meu nome e em nome também dos meus colegas por esta introdução. De fato, deu-se aqui uma enorme coincidência, nós quatro, Carlos Blanco de Morais, Nuno Piçarra e Vasco Magalhães, nos conhecemos há muitos anos. Ficamos colegas de faculdade numa altura particularíssima do nosso país e no mundo do direito, do direito constitucional português, que foi a altura da fundação, simbolicamente, do congresso dos constitucionalistas brasileiros.

Estou aqui com muito gosto e agradeço o convite que me foi feito. O tema deste congresso é As Questões Estruturantes do Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, Pacto Federativo, Segurança Pública, Sistema Políticos e Direitos Fundamentais. Gostaria muito de falar sobre questões estruturantes do constitucionalismo português contemporâneo e fazer a partir de duas premissas que pretendo deixar muito claras. A primeira premissa é que nós ocupamos lugares diferentes no mundo, nós portugueses, nós brasileiros, mas, o que nos une neste local e ao propósito do tema neste momento, não é apenas o elo histórico linguístico.

Portugal e Brasil são hoje democracias constitucionais, por isto, têm seus ordenamentos fundados numa comunidade de valores que pede, ou mesmo exige uma comunidade científica que os tente interpretar. Assim, ao falar de questões estruturantes do constitucionalismo português contemporâneo estarei a falar de declinações de problemas que tenham, no entanto, em Portugal e no Brasil, estas declinações diferentes, mas, com uma raiz comum.

As questões estruturantes do constitucionalismo português contemporâneo serão inteligíveis para um público de constitucionalistas brasileiros, esta é a primeira premissa de que parto.

A segunda premissa que gostaria de deixar muito clara é a perspectiva pela qual eu olho, neste momento, questões estruturantes do constitucionalismo português contemporâneo, perspectiva de quem esteve na resolução destas questões, muito empenhada nos últimos tempos.

Eu me sinto em casa perante os constitucionalistas brasileiros e falarei das questões dominantes do direito constitucional português, hoje, com espírito livre de quem sabe encontrar-se entre os seus. Isto significa que o fato de, neste momento, integrar o Tribunal Constitucional de Portugal e exercer nele um mandato de vice-presidente, não me impede de apresentar a título, estritamente, individual e com responsabilidade própria, que daí advém, o meu pensamento sobre estas questões.

Escolhi duas questões: o aspecto particular do sistema político português e os problemas constitucionais portugueses. Uso aqui a expressão no seu sentido mais lato e, portanto, completamente descomprometido ao pacto federativo que vincula constitucionalmente agora à República portuguesa.

Começarei pelo sistema político, o problema específico do sistema político português. Quero acrescentar, integran-

do nele um painel sobre tendências e desafios de hermenêutica jurídica. Evidentemente, não deixarei nunca de falar destes problemas à luz da concretização que tem sido feita pela jurisprudência constitucional portuguesa.

O primeiro problema é o sistema político, todos nós sabemos que o constitucionalismo português e o constitucionalismo brasileiro na sua expressão contemporânea são herdeiros do constitucionalismo moderno. O constitucionalismo moderno assentou-se em dois pilares, a separação dos poderes e a garantia dos direitos.

Sabemos que, quando falamos em sistema político e mais estritamente, sistema de governo, falamos da maneira pela qual, numa certa cultura jurídica constitucional por certa história e tradição se moldou a separação de poderes, particularmente, se moldou a relação entre o legislativo e o executivo.

Na parte do mundo de onde eu provenho, que é a Europa continental, esta adaptação da doutrina, da separação dos poderes se fez com inspiração do chamado modelo Westminster, o parlamentarismo. No entanto, na Europa continental, ao contrário das ilhas europeias, foi resultado dos parlamentos pluriflacionados com o executivo, governos e gabinetes instáveis, isto é sabido.

É sabido também, que ao longo da segunda metade do século XX, muitos países e estados da Europa continental como a Alemanha, Espanha e a França arranjaram instrumentos para trazer lenitivos, paliativos, remédios à enorme estabilidade em governabilidade que resultou sempre deste modelo de Westminster aplicados a parlamentos plurifracionados.

Creio que sabem que Portugal, em 1966, resolveu introduzir um mecanismo racionador dos excessos do governo, da assembleia, do parlamento e elementos de presidencialismo que se incorporavam ao sistema de governo. No entanto, este é o ponto que eu quero frisar, esta nossa resposta portuguesa à estabilidade e às deficiências do governo, da assembleia.

Foi deste modo e não resolveu o problema que é um problema preciso, tem a ver com as fontes e que, aliás, a sua identificação esteve na base, creio eu, da própria gênese da dogmática do direito público de dogmática autônoma. O problema é o conceito constitucional de lei, no mundo de fontes proveniente de uma ordenação constitucional no qual se aceita que o executivo dependa do legislativo sem limites através de uma relação um problema de supra ordenação.

Entende-se que lei e conceito de lei é tudo aquilo que vier do parlamento, não importa o seu conteúdo e nem os limites que, eventualmente, decorram do instituto constitucional autônomo do executivo. Este é um problema complexo e que nós, em Portugal, tivemos dificuldade em resolver, e é que integra neste contexto o sistema político. Para que desçamos a terra, darei três exemplos que correspondem a três questões que o tribunal constitucional português teve que resolver.

As duas primeiras, no início da década de 90 e a última, em 2011.

O primeiro exemplo é sobre uma lei de parlamento que revoga diretamente o regulamento do governo, e esta lei do parlamento aprovada vem determinar maioritariamente, o número de vagas que no início de certo ano letivo existem para os estudantes que querem ascender ao ensino superior público. A definição, determinação de quantos lugares existem no início de certo ano letivo para que os estudantes ascendam, em Portugal, ao sistema de ensino superior público é tarefa do executivo. Era feita por regulamento ministerial, em um belo ano, por causa de um contexto de discussão política, que agora já não vale a pena recordar, na qual a questão era flutuante entre maioria parlamentar e minoria de gabinete ou de executivo, o parlamento resolve evoca esta competência e decidir por lei, por maioria quem entra no ensino superior e quantas vagas existe, isto aconteceu no princípio dos anos 90.

Segundo exemplo também aconteceu nos anos 90, nesta altura, o executivo, o governo e sua competência própria decidem fixar o montante de uma portagem a ser paga numa certa autoestrada. O montante da portagem fixado pelo governo através de um ato ministerial tinha sido determinado para a celebração de um contrato de concessão de utilização da autoestrada com privados. Isto porque, mais uma vez, no contexto do combate político, a maioria e o gabinete se digladiava quanto a esta questão. A maioria do parlamento, através de lei, altera o montante da taxa da autoestrada que o governo tinha adotado.

O executivo, o governo, que seria exemplo, pôs em prática uma política pública de avaliação de professores do ensino não superior, o ensino básico e secundário. A adoção desta política pública iniciada em negociações com sindicatos, a emissão de regulamentos administrativos e prática de atos individuais. Mais uma vez, estamos num domínio em que a luta política é acesa. Este tema despertava paixões de um lado e de outro e novamente, a maioria do parlamento confrontante com o gabinete minoritário resolve revogar o regulamento ministerial e ordenar ao governo a iniciar novas negociações com os sindicatos e nulificar, liquidar a política pública anterior que o governo tinha incitado, esta é a questão do terceiro exemplo. Podemos indagar, se cada uma destas leis que foi questionada perante o tribunal ofende ou não, em última análise, a separação de poderes? As duas primeiras questões resolvidas, no início da década de 90, o Tribunal Constitucional Português entendeu que não, na última, em 2011, o Tribunal Constitucional Português entendeu que sim. Não vou recordar agora os argumentos que justificaram esta viragem de jurisprudência, só sublinho um ponto, que é relevante neste espaço que mediou entre uma e outra decisão. De fato, o princípio da superação de poderes precisa ser repensado no século XXI. E eu creio que, por algum motivo, a última decisão do Tribunal Constitucional quebrou com

o princípio da submissão do executivo a lei num sistema de governo baseado no princípio da legalidade e da dominância do sistema parlamentar. Foi proferida na última década do século XX, mas foi no início da segunda década do século XXI, que o tribunal acolheu uma tese que se tem ouvido e feito ouvir dizendo que o princípio da separação dos poderes merece ser pensado. Ele merece porque a tripartição clássica que herdamos do século XVI, legislativo, executivo e judicial pode ser insuficiente. E uma das insuficiências é justamente o fato de dever ao executivo o reconhecimento da função de fazer crescer.

Como os italianos dizem, aos gabinetes em sistemas parlamentares que não são propriamente os de Westminster. Quando o gabinete cumpre sempre uma legislatura é porque tem sempre uma em dia, isto significa que nós não teríamos apenas três poderes, teríamos quatro. Acredito que esta viragem da jurisprudência constitucional portuguesa vai neste sentido.

No entanto, cheguei a um ponto que vou abrir a transição para a segunda questão falar e não me demorarei muito. Vou falar sobre o pacto federativo, o que uma coisa tem a ver com a outra é que esta tese diz que no século XXI, a tripartição clássica que é legislativa, executiva e judicial é insuficiente, não fala apenas da necessidade de reconhecer a função de quem dirige o executivo, diz também quanto ao judicial é aquilo que Montesquieu chamava de poder judicial, esta definição tornou-se insuficiente porque há outro poder de julgar, não menos terrível que o poder próprio das jurisdições constitucionais. Julgar em matéria de direito constitucional, avaliar os atos do legislador tem consequências que o poder judicial que Montesquieu definia não tinha, e, portanto, uma teoria da separação de poderes precisa contar com este quinto poder, com o poder das jurisdições constitucionais, particularmente, como novo poder.

Este novo poder coloca problemas novos, particularmente, no lado do mundo do qual eu venho, que é o lado Europa continental, em que estas jurisdições, ao contrário do que tenha sido influenciado pela americana. Estas jurisdições são instituições novas, instituições da segunda metade do século XX. Cinquenta anos para firmar um poder destes é muito pouco tempo para que possamos refletir sobre ele, e a existência deste poder também coloca problemas de separação de poderes, desde logo, questões relativas ao princípio democrático.

As jurisdições constitucionais justificam-se porque as democracias constitucionais que são as nossas, não são formas de governo puras. Nós não somos uma democracia pura, somos aquilo que o Artigo I e III da Constituição Portuguesa diz que somos. Somos formas de governo fundadas em bases de legitimidade dual, de um lado o *demosh*, o poder do povo, do outro lado o *logosh*, o poder do direito, e as jurisdições constitucionais existem porque são expressões do *logosh*, que limita o poder do *demosh*.

É indiscutível a manutenção de equilíbrio entre estes dois princípios de legitimidade. Como poder do povo o *demosh* não pode aniquilar o elemento de legitimidade que é o *logosh*. Também como direito, este *logosh* não pode aniquilar o elemento de legitimidade democrático, e, portanto, um problema que as jurisdições têm, de fato, é o de manter este equilíbrio, sem o qual perdem o sentido de ser, perdem justificação para sua existência. Umas das formas para manter este equilíbrio, dentre muitas, é ter presentes aquilo que se pode chamar a fórmula da intensidade de escrutino. Os tribunais constitucionais quando invalidam decisões do legislador democrático não usam sempre um escrutínio, uma análise, uma intervenção com a mesma intensidade. Têm de usar o escrutínio mais intenso quanto mais intensa for a vinculação do legislador à Constituição. E a vinculação do legislador a Constituição é mais intensa quanto mais determinado for o sentido da norma constitucional aplicável ao caso.

O propósito aqui é falar das questões estruturantes do constitucionalismo português. Portugal é, ao contrário do Brasil, um estado unitário com duas regiões autônomas que são as regiões, mas sob o ponto de vista externo há, e eu uso o termo mais vez, de forma descomprometida, um federativo de que a República portuguesa faz parte, ou que a República portuguesa subscreveu. O termo federativo é usado com significação próxima da sua etimologia, federar significa unir, integrar, congregar, e Portugal tem este pacto federativo no Artigo VII da Constituição Portuguesa. Este artigo diz que Portugal se empenha no aprofundamento da União Europeia e também que o mesmo autoriza a Constituição à transferência de poderes em exercício, ou apenas unilateralmente para as instituições da União com vista a aprofundamento da União Europeia.

A pergunta que eu coloco é uma pergunta para a qual, devo dizer-lhes, é a maior pergunta e não tenho uma resposta assertiva. Que intensidade atribuir, que sentido determinado pode ser atribuído a esta vinculação de República portuguesa, o que significa este pacto nos momentos em que o processo de integração a Constituição portuguesa fala por fundamento! O que significa é não estar, mas um processo a fazer nos momentos históricos em que o processo de integração seja pontuado para os momentos históricos de desintegração.

Quanto ao Tribunal Constitucional e aos Tribunais Constitucionais deste espaço plural, que é a União Europeia, todos os estados membros, muitos dos estados membros, a esmagadora maioria dos estados membros da união têm jurisdições constitucionais. São colocadas questões que tenham como consequência estes momentos históricos de desintegração, não tenho a menor hesitação em chamar isto assim, porque assim eles são. Que grau de vinculação deve atribuir-se a norma constitucional que impõe este vínculo da República? Felizmente, para nós a maior parte dos estados que integram a união têm jurisdições constitucionais e reflexão

deste problema foi feita por muitos e estar a ser feita por muitos. Eu não tenho uma resposta assertiva para ela, mas vou mencionar, e com isto acabo a reflexão que mais me inspirou e impressionou, foi feita por alguém em janeiro de 2010 que anotava numa pequenina anotação de cinco páginas a decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o tratado de Lisboa. Este alguém, não posso dizer que é diretor do que em cinco páginas diz algo que me parece no meio desta grande obscuridade diz uma coisa em que se orienta por dois princípios, o princípio da universalidade caminho de luz que a hermenêutica rigorosa é aquela que resolve questões tão difíceis. Ele por um lado e o princípio da responsabilidade conjunta e partilhada por outro.

O princípio da universalidade diz por que estamos num espaço jurídico de construção com uma pluralidade de ordens. E nesta pluralidade de ordens há múltiplos atores, estes atores são os tribunais constitucionais, uma hermenêutica adequada para resolver esta questão por parte de cada tribunal constitucional. A hermenêutica é aquela que deve partir do princípio da universalidade. E o princípio da universalidade diz que há de ser que a solução correta adequada deve ser tal que em iguais circunstâncias também seria aquela a adotar por cada um de todos os agentes deste espaço plural europeu, é um princípio Kantiano.

Segundo, o princípio da responsabilidade conjunta uma hermenêutica adequada é aquela que ao chegar a uma situação que não implique nem uma coisa e nem outra. Primeiro que não implique, que um destes se veja completamente excluído da responsabilidade que também é dele, que é igual a de todos os outros de contribuir para este processo em discussão que também é uma solução que não só impeça desresponsabilizações individuais, que também, por outro lado, uma solução que impeça que um destes agentes que tem responsabilidades iguais a todos os outros assuma pelo contrário o montante de responsabilidades muito acima de qualquer um. Muito obrigada.

5

DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO: DEBATES, FRONTEIRAS E CONCEITOS

A PROTEÇÃO FUNCIONAL DO CONSUMIDOR

Stefan Grundmann*

*Doutor pela Universidade Ludwig-Maximilian de Munique; Mestre em direito pela Universidade da Califórnia-Berkeley; Graduado em direito pela Universidade Ludwig-Maximilian de Munique; Professor de Direito Civil, Direito Europeu, Direito Internacional Privado e Direito Comercial na Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha; Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, liderado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Agradeço pelo convite. Sei que foram proferidas aqui palestras cujas traduções do português e do alemão foram perfeitas, mas opto por utilizar a língua não perfeita do amor de Camões, Jorge Amado, Vinícius de Moraes – autores lidos há trinta anos atrás, na praia de Cascais, perto de Lisboa. Confesso, também, que o assunto a mim designado é um pouco diferente daquele esperado, verdadeiramente constitucional, que é a união concorrencial, a união financeira na Europa; abordarei a proteção funcional do consumidor, que resvala para o direito privado.

O tema do direito privado, porque sou professor de direito privado, é um tema com muitas facetas possíveis, uma delas é falar como a Constituição se transforma em direito privado, por exemplo, na proteção dadas às privadas; claramente, isso é um tema muito alemão porque, em 1958, a corte constitucional fez esta sentença na qual, pela primeira vez, a relação entre duas partes privadas foi discutida dentro de uma visão constitucional. O ano de 58 importa também para mim porque é o ano do meu nascimento, mas possui importância sobretudo, na Europa, porque é também o ano do nascimento da União Europeia. Agora falamos tanto das sentenças da corte europeia, mas elas não estão em discussão, porque o que está em pauta é a questão de a União Europeia ainda não ser completamente um estado federal e, ao mesmo tempo, apresentar traços de caráter estatal entre outros direitos, o que se aplica diretamente também no âmbito interno de um estado. A Corte Europeia dá sentença de modo como se tivesse, verdadeiramente, o poder estatal de dirigir estas coisas jurídicas.

Cabe dizer que não somente em 1958 como até hoje, a Constituição é o pé da União Europeia e, primariamente, ainda uma Constituição econômica, e por isso é uma Constituição bem diferente de uma Constituição, de um estado normal em que a economia assume um papel importante também em nível constitucional, mas não predominantemente.

Há dois momentos nesta Constituição de 1958 que preciso ressaltar, uns anos depois e até hoje, uma união de concorrência, concorrencial, e uma união financeira, 50 anos são muito, para ser exato, abordarei a teoria social dando especial atenção a estas cinco décadas, e de forma mais específica, de dois desenvolvimentos importantes da época. A União concorrencial, é importante repetir, tem só uma matéria substancial nos tratados de Roma, há aquelas ideias, parlamento, comissão, ainda não, parlamento, conselho, os órgãos de legislação e tudo isso, há também as liberdades fundamentais para a circulação entre os estados, mas há apenas uma matéria substancial, e isso é direito da concorrência, contra as restrições da concorrência. Por que isso é tão importante? Por que não o direito dos contratos, por que não os direitos fundamentais?

Eu diria que não é só esta matéria, mas é um conceito mais amplo, esta matéria já é muito importante, sobretudo, porque não é só unificação legislativa,

mas também unificação administrativa, porque a competência foi dada logo a seguir à comissão europeia, não aos ofícios nacionais, então temos uma coisa que eu chamo às vezes interjeição cheia, quer dizer também no caso cíngulo há esta unificação, isso fez com que muitas ideias constitucionais daquele da União Europeia fossem decididas pelo direito da concorrência, por exemplo, a aplicação direta e a supremacia do direito europeu no direito nacional é muito importante para perceber a união como alguma coisa um pouco paragonal, é um estado que pode, é um cíngulo do poder verdadeiramente deste direito. Isto foi decido no caso, mas o que não quer dizer que não é um caso de compreensão, mas o quer dizer no caso individual foi decidido no caso, mais ou menos, temos este direito nacional, temos o direito europeu, e o direito nacional não desaparece, o que tantas vezes em estados federais seria o caso, porque o direito europeu é superior, mas se decide só no caso cíngulo se ambos são aplicáveis, e neste caso há precedência de aplicação. Este termo e neste caso cíngulo foi decidido pela primeira vez um caso de concorrência, porque temos este assunto no direito europeu, é uma matéria europeia logo a seguir, e temos uma competência do oficio europeu aplicado a este direito, e há tantas outras coisas.

Poderia também agora discutir vários casos dos anos 60 e 70, mas eu não tenho tempo por isso, isso é o direito de concorrência no termo estreito. Quanto à matéria, restrições de concorrência, é um conceito amplo verdadeiramente, e quer dizer uma união de concorrência, perpassa sua transformação pelas várias áreas; muito do que foi discutido veio de uma escola de Friburgo na Alemanha, é preciso dizer que a Segunda Guerra Mundial teve também uma base econômica, a catalização da indústria Alemã; uma catástrofe verdadeira porque não teve este direito contra as restrições de conferência, e eles quiseram sempre que uma ordem para a economia é muito importante, autonomia privada como tal não chega, também politicamente, mas esta ordem não só, digamos; o ponto é que não teria que ter um poder privado tal como o poder do estado, porque os privados abusam ainda mais; talvez os estados também, mas no tratado de Roma há no tratado e expor também os estados a uma concorrência, por assim dizer.

Agora a primeira coisa foi este direito de concorrência que não tem restrições de concorrência, teria que ser um método que se aplica também aos estados, e, por isso um grande desenvolvimento da jurisprudência da corte europeia fala das liberdades fundamentais na Europa, quero dizer, mais ou menos os estados, nos casos racionais na Europa, não têm mais a liberdade de dar preferência aos próprios citadinhos, quer dizer, as próprias empresas, este esquema, segundo meu ver, é quase único, a união europeia tem fundos, não tem dinheirinho para se dizer, mas tem o poder de por aqueles que têm o dinheirinho verdadeiramente - os estados - numa competição na qual não podem dar preferência a

diferentes partes, alguns sujeitos do direito privado, normalmente os próprios citadinos, as empresas.

Isso é um passo que não trava nenhum esquema constitucional outro, isso não só na legislação, as liberdades fundamentais não permitem uma legislação que dá preferência a nacionais a domésticos, mas também nos subsídios, há também um controle de subsídios, e também uma possibilidade que um estado pode dar preferência a um ou outro, mas também nos contratos públicos, há todas estas coisas. Assim, não é só uma matéria o direito concorrencial, mas é um conceito mais geral, todos os métodos atrás dos quais os estados poderiam dar preferência a algumas empresas são controladas agora por um juiz exterior a este estado que poderia fazer isso, então é verdadeiramente uma separação de poderes, de poderes financeiros e poder de adjudicação, isso tem que ver também agora com a aplicação horizontal das liberdades fundamentais.

A aplicação horizontal dos direitos fundamentais é uma coisa que que se desenvolveu primeiramente pela Corte Constitucional Alemã, mas a aplicação horizontal das liberdades fundamentais na Europa, em que estão aquelas liberdades de comércio trans fronteiro; este desenvolvimento foi puxado sobretudo, pela corte europeia, um famoso caso é um caso de futebol, não é um futebolista muito importante, mas não falamos de futebolistas muito importantes porque, neste caso, teria que falar de um futebolista argentino, que não vai muito bem. então, falamos do futebolista mais importante juridicamente que é nunca vi jogar, nunca jogou ou quase nunca jogou, mas neste caso se diz também entre os sujeitos de direito privado esta não é possível criar esquemas de preferência nacional, então também neste caso, as associações privadas todas estas não podem criar um sistema de preferência nacional porque uma pessoa tem domicílio num certo estado; isso mudou bastante para todo o esporte, porque agora as melhores equipes são multinacionais. Em Munique, por exemplo, há agora sete, oito jogadores, normalmente, o Arsenal tem onze jogadores não britânicos; Barcelona tem onze jogadores não britânicos, Barcelona talvez não, Barcelona possui ainda sete jogadores espanhóis, mas normalmente são multinacionais. Cabe aqui destacar minha admiração pelo futebolista Pelé, inclusive, da primeira vez que estive em Brasília, comprei uma camisa com o emblema dele como presente para minha filha.

Passamos agora do tempo antigo ao tempo atual, neste 50 anos teve tantos desenvolvimentos de teoria social, dois desenvolvimentos parecem particularmente importantes para esta palestra, um é que nos anos 80 e 90 mais ou menos, se mudou a ideia o que acontece no sistema no qual vários estados são em concorrência entre eles, antes se diz sempre que tem neste caso o que se chama de um vasto debate, que normalmente provam os estados sempre de fácil concorrência no método sempre abaixar o nível de proteção, então numa tal concor-

rência seria sempre um problema de proteção, dadas privadas, da proteção do consumidor, ou do nivelo da proteção dos investidores.

Nos anos 80 e 90, começou esta teoria do federalismo e da concorrência entre legislaturas e provaram que em algumas matérias, pelo menos relativas à Constituição boa, esta concorrência entre estados pode também conseguir um nível mais alto; esta teoria e também os estudos empíricos mostram que às vezes, primeira se diz só tem sempre este vasto debate. Mas agora pensamos nos anos 90 e na ideia de que a Constituição desta concorrência entre estados é muito importante para conseguir esta tendência mais favorável muitas vezes no mundo globalizado e também na Europa que são muitos estados, digamos que uma união que tem traços estatais, mas é um estado; ao mesmo tempo é primordial verdadeiramente.

Pode-se falar de direito constitucional no senso formal, mas também no senso material, o que verdadeiramente importa, o que cabe à vida das pessoas fundamentalmente, è, por exemplo, a proteção dos estados privados e uma tal questão constitucional ao meu ver; mas também como o estados entre eles podem fazer concorrência é uma questão verdadeiramente constitucional, o segundo desenvolvimento tem que fazer, o primeiro é mais ou menos uma discussão entre economistas e juristas, Roberto Romano, sem dúvidas, é a pessoa mais importante. O segundo desenvolvimento de sociologia econômica de direito e também da economia, é o que se chama hoje a pesquisa nos anos 70, 80 mais ou menos há vários artigos, vários artigos sobre os efeitos do direito concorrencial, a ideia foi sempre que não podemos ser seguros de soluções fáceis, claras.

Muitas vezes, uma restrição de concorrência pode ter também tantas vantagens, o que se desenvolveu foi uma teoria que se chama *more economic theory*, a teoria mais econômica do direito concorrencial, eu tenho as minhas dúvidas, mas ao mesmo tempo o que aconteceu é que não temos mais a ideia dos anos 50 e 60, que cada restrição de concorrência tem que ser alguma coisa problemático; neste sentido temos agora esta ideia que, às vezes, é assim, então não temos mais estas soluções claras no direito da concorrência, agora com isso, com estas dois desenvolvimentos teóricos na teoria social, no senso amplo, quero começar com o terço tema depois da união de concorrência, o desenvolvimento das teorias agora a união financeira, depois da crise financeira.

A união financeira, depois da crise financeira na Europa a ideia era mais ou menos um problema americano, sobretudo, quando se é um pouco vitima; a política europeia não queria mudar o sistema financeiro fundamentalmente, sim curava um pouco, mas não fundamentalmente, depois teve também uma segunda crise, foi uma crise não tanto dos bancos, mas dos fundos do estados, porque os estados tiveram que ajudar os bancos, e depois alguns estados como a Grécia, a Irlanda, a Espanha tiveram tantos problemas que a

moeda comum desse países teve problemas, então é um problema também da moeda, para dizer a verdade; não se transformou num verdadeiro problema da moeda porque a moeda ainda está bastante estável, mas mudou a forma de lidar. O que se deve fazer, e temos agora uma segunda matéria que é claramente integrada, quer dizer, há uma legislação única para os bancos, e ao mesmo tempo tem o Banco Central que tem a competência de fazer esta ordenança; quer dizer que de novo ao legislativo, mas ao valor administrativo temos uma competência europeia. Agora isso é muito importante porque agora o sistema não é mais como era aquele sistema da união de concorrência em que se diz que a comissão faz tudo, cada restrição de concorrência é problemática, mas temos um sistema que é muito mais forte, quer dizer, esta ordenação unitária não deve se fazer para todos os bancos, mas só os bancos sistemicamente importantes, quer dizer, só bancos globais.

Certo é que, normalmente, esta ordenança tem um aspecto de proteção do consumidor e proteção da estabilidade, estes dois aspectos, um aspecto se diz não possui estes problemas sistemáticos, tantos consumidores não são tratados bem no mesmo tempo não criam problema de estabilidade mundial, isso é uma coisa mais bem local, então só a estabilidade é o problema do qual se ocupa também o Banco Central Europeu; a proteção do consumidor fica ainda uma coisa mais bem nacional, de todas as formas não nesta europeia. Aqui neste censo são dois exemplos só para mostrar que agora temos esta teoria do federalismo, quer dizer, a pergunta é sempre em qual matéria, em qual ponto da matéria precisamos verdadeiramente de uma semelhança em nível europeu, e no qual chega também uma semelhança em nível nacional, talvez seja também melhor porque normalmente o ofício nacional poderia ser mais perto dos consumidores, então está solução diferenciada é completamente diversa na União Financeira, da União Concorrencial.

A segunda coisa, depois da crise que todos tanto quiseram, mas os bancos não têm que ter estabilidade, não tem que ter tantos rendimentos aos acionistas; a solução da legislação é muito mais equilibrada de novo, as regras novas são mais severas daquelas antes de 2008, mas não são assim, houve também propostas de impor mais ou menos 20% de fundos de todo o risco teriam que ser impostos aos bancos, neste caso, o problema seria o estado que os acionistas não invistam mais em bancos, então os bancos não possuem os fundos necessários para fazerem o negócio que fazem, de novo, não é uma solução clara, mas muito mais diferenciada, não é como cada restrição de concorrência é uma coisa problemática, então o nosso direito tem que ser o mais severo possível, mas muito mais equilibrado.

Agora por que é uma união? Porque começaram com a união bancária europeia, mas de novo não há só este conceito de uma matéria, mas o impasse que vem com alternativas aos bancos, porque, digamos os bancos europeus,

digamos, têm este monopólio de intermediário para o capital; o capital é a coisa de que todos precisam; e ao mesmo tempo, fazer mais concorrência aos bancos, também criam um sistema que disciplina mais os bancos, é por isso que agora discutem como se pode fazer esta concorrência aos bancos. A proposta agora é de discutir muito mais uma união de mercado dos capitais, e isto falarei daqui a cinco anos quando aqui vier novamente.

JURISDIÇÃO E CONSTITUIÇÃO: TERMOS DE UMA INTERAÇÃO (ENTRE REGRAS DE JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE DEFESA)

Rui Pereira Dias*

*Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Secretário da Redacção da DSR – Direito das Sociedades em Revista.

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional privado, no domínio dos conflitos de leis como no dos conflitos de jurisdições[1], não vive numa redoma, imune à axiologia normativa, em particular a jurídico-constitucional [2]. Sendo este um importante corolário de uma evolução da teoria internacional privatística do século passado, catalisada, como entre nós descreve Moura Ramos, pelos textos constitucionais ulteriores à segunda guerra mundial — que "retomaram o princípio da igualdade, concretizando ao mesmo tempo as várias formas de discriminação que de aí em diante ficavam proibidas" [3] —, tal corolário, ainda que indiscutível e hoje incontrovertido, não obvia por si só ao surgimento de dificuldades. Estas surgem, designadamente, no momento de fixar o papel e o alcance a reconhecer à autónoma invocação de fontes normativas que consagrem direitos fundamentais, sejam essas fontes as constituições estaduais, instrumentos normativos supraestaduais ou convenções internacionais, que, por sua vez, frequentemente estabelecem entre si — nos próprios textos normativos ou também por via das jurisprudências — diálogos multinível [4].

Em sede de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras [5], um

1 Acerca do âmbito do direito internacional privado, v. por todos ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado — I*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 62 ss.. Sobre o estudo do *reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*, ao cair do pano de uma disciplina àquele dedicada numa licenciatura em Direito, numa parte que verse o direito processual civil internacional, cfr. RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado – Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos da disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 42-43, 62-66.

2 RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979 (3.ª reimpr.: 1994), pp. 194 ss., passim; tb., p. ex., ANTÓNIO FERRER CORREIA, Lições de DIP, cit., p. 57.

3 RUI MANUEL MOURA RAMOS, *DIP e Constituição*, cit., p. 198.

4 A propósito do «constitucionalismo multinível», para um breve enquadramento, v. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 9 ss.; cfr. tb. GIOVANNI GUZZETTA, "Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of rights europeo", in ANTONIO D'ATENA / PIERFRANCESCO GROSSI (A CURA DI), Tutella dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello — tra Europa e Stati nazionali, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155 ss.. Sobre o diálogo das fontes no seio do direito internacional privado, são incontornáveis as reflexões de Erik Jayme: v., entre várias, uma alusão em ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne — Cours général de droit international privé", in Recueil des Cours, t. 251 (1995), 1996, p. 259.

5 Recordamos, com brevidade, que a produção de efeitos jurisdicionais em Portugal de uma decisão judicial não emitida pelos tribunais portugueses pressupõe o seu reconhecimento. Consoante as regras em vigor, este poderá ser automático ou depender de uma verificação prévia da regularidade da sentença estrangeira, a incidir sobre aspectos de mérito ou apenas formais. A consagração pela ordem jurídica de um ou vários sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras é um imperativo, desde logo, para a certeza e segurança jurídica dos particulares, que favorece a estabilidade e continuidade das relações jurídicas plurilocalizadas: se um tribunal de país estrangeiro teve já a oportunidade de definir judicialmente os contornos da relação jurídica que apreciou, aconselhar-se-á que uma tal definição não seja colocada em causa por nova demanda, em jurisdição diversa, num desafio à bondade do primeiro juízo. O reconhecimento

dos aspetos essenciais a considerar é o da garantia dos direitos fundamentais de defesa do réu.

Se, em virtude das limitações deste estudo, nos cingirmos ao sistema de reconhecimento vigente em Portugal, em matéria civil e comercial, no que respeita a decisões proferidas por tribunais de outros Estados-membros da União Europeia [6], encontraremos no Regulamento (UE) n.º 1215/2012 [7], a que chamaremos abreviadamente Bruxelas Ia, dois fundamentos de recusa do reconhecimento de uma sentença estrangeira pertinentes na salvaguarda dos aludidos direitos fundamentais de defesa.

Um, não se lhes referindo em exclusivo, é convocado para a sua salvaguarda. O outro, na verdade, consubstancia uma das vertentes fundamentais da garantia dos direitos de defesa.

Refiro-me, respetivamente, às duas primeiras alíneas do n.º 1 do artigo 45.º de Bruxelas Ia, que ordenam a recusa

pressupõe, naturalmente, que a emissão da sentença haja sido regular: é esta regularidade que, consoante o sistema em vigor, deverá ser previamente verificada, com maior ou menor intromissão no juízo alheio, ou antes, será dada à partida por adquirida, como que automaticamente, com base em geral numa confiança mútua entre dois ou mais Estados, afirmada em convenção internacional ou no quadro de uma organização de que é exemplo a União Europeia. Sobre o tema, vejam-se ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., p. 453 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 325 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 307 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 315 ss.; RUI MANUEL MOURA RAMOS, "A Reforma do Direito Processual Civil Internacional", in RLJ, ano 130.º, n.os 3879-3881, pp. 162 ss.; e, do mesmo A., com interesse particular para o conhecimento das regras constantes do novo CPC português, RUI MANUEL MOURA RAMOS, "O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil", in RLJ, Ano 143.º, n.º 3983, 2013, *maxime* pp. 97 ss..

6 Com efeito, estão simultaneamente em vigor em Portugal vários sistemas de reconhecimento: para além do regime autónomo do Código de Processo Civil (arts. 978.º ss.), encontramos regras particulares em convenções internacionais, tais como a Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 2004 (assinada em 18 de Maio de 2014, entrou em vigor em 18 de Dezembro do mesmo ano; veja-se, para o que aqui releva, o seu artigo 16.º (instituindo um sistema de controlo prévio, mas sem revisão de mérito) e, sobre ele, por todos, RUI MANUEL MOURA RAMOS, "A Concordata de 2004 e o Direito Internacional Privado Português", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 335 ss.), e, com grande relevância prática, em regulamentos da União Europeia, entre os quais o de seguida nomeado em texto.

7 Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, aplicável às ações judiciais intentadas a partir de 10 de janeiro de 2015 (cfr. o seu artigo 66.º, n.º 1). Sobre esta reformulação do anteriormente vigente Regulamento (CE) n.º 44/2001, conhecido como *Bruxelas I*, v. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I* pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1269 ss..

do reconhecimento de decisão judicial estrangeira se:

"*a)Esse reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido;*

b)Caso a decisão tenha sido proferida à revelia, o documento que iniciou a demanda — ou documento equivalente — não tiver sido citado ou notificado ao requerido revel, em tempo útil e de modo a permitir-lhe deduzir a sua defesa, a menos que o requerido não tenha interposto recurso contra a decisão tendo embora a possibilidade de o fazer."

As características particulares de um instituto como a ordem pública internacional[8], aliadas às feições com que, outrossim, foi consagrada a proteção do requerido revel[9], não farão estranhar a circunstância de, na jurisprudência de tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça da União Europeia, a mobilização das regras citadas ter vindo a ser acompanhada de referências, mais ou menos consequentes, a normas que consagram direitos fundamentais de defesa. Temos em mente o artigo 6.º da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (direito a um processo equitativo)[10]; o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (direito à ação e

8 V. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "L'ordre public international en droit portugais", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 245 ss.; RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Public policy in the framework of the Brussels Convention", cit., pp. 283 ss., com referência à interação entre a exceção de ordem pública internacional e a proteção de direitos fundamentais, designadamente o direito a um processo equitativo (a propósito do caso *Krombach*, em breve referido em texto), pp. 292 ss..

9 Sobre a importante evolução que se operou na sua formulação, da Convenção de Bruxelas de 1968 (no seu artigo 27.º, n.º 2) para o Regulamento Bruxelas I (art. 34.º, n.º 2) — mas a partir daí materialmente inalterada na reformulação de Bruxelas Ia (onde se encontra, hoje, no citado art. 45.º, n.º 1, b)) —, cfr. TJUE, ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS), C-283/05 (2006.12.14), n.os 18-21; e v. em particular JONATHAN FITCHEN, "13. IV. The Refusal of Recognition and Enforcement", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.º 13.300. Para breve anotação ao antigo 27.º, n.º 2, cfr. entre nós MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994.

10 Cfr., sobretudo, o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia, ou CEDH (assim abreviaremos doravante, também em texto): "*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)*". Sobre a sua interpretação e aplicação, v. entre nós IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015; tb. PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais — Em busca de um due process of law na União Europeia*, Principia, Estoril, 2007, pp. 137 ss.. Cfr. ainda JENS MEYER-LADEWIG, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten — Handkommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2003, pp. 88 ss.; e, com mais pormenor, PIETER VAN DIJK / MARC VIERING, "Right to a Fair and Public Hearing (Article 6)", in PIETER DIJK ET AL. (EDS.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, pp. 511 ss..

a um tribunal imparcial) [11]; e, bem assim, no plano interno português, o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva) [12].

Em seguida analisaremos, com brevidade, alguns exemplos de jurisprudência relevante sobre o tema, de diversas proveniências. Terminaremos, ainda mais brevemente, com algumas reflexões, de entre as muitas que tais casos podem concitar.

2. JURISPRUDÊNCIA

2.1. Tribunal de Justiça da União Europeia (*Krombach, Gambazzi, ASML, Apostolides, Trade Agency*)

11 Dispõe o artigo 47.º da Carta ou CDFUE (abreviaturas que adiante utilizaremos): "*Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.*
Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.
É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça". Sobre o art. 47.º, cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, "Artigo 47.º — Direito à acção e a um tribunal imparcial", in ALESSANDRA SILVEIRA / MARIANA CANOTILHO (COORDS.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013 (apontando certas diferenças em face do art. 6.º da CEDH, cfr. anot. n.º 3); cfr. tb. PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 187 ss.; em geral sobre a Carta, veja-se entre nós, designadamente, MARIA LUÍSA DUARTE, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — natureza e meios de tutela", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 723 ss. (sobre os problemas emergentes de um triângulo judicial europeu tribunais nacionais / TJUE / CEDH, v. pp. 752 ss.; ainda sobre esse tema, da Autora, cfr. tb. MARIA LUÍSA DUARTE, "O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem — Uma defesa do 'triângulo judicial europeu' ", in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 205 ss.); ANABELA COSTA LEÃO, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional", in RFDUP, Ano 3, 2006 (sobre as relações entre a Carta e a CEDH, v. pp. 45 ss., 68 ss.; e com a Constituição nacional, cfr. pp. 64 ss.).

12 Do teor do artigo 20.º da CRP importarão sobretudo, neste contexto, os n.os 1, 4 e 5:
"*1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.*
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos". Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 406 ss.; RUI MEDEIROS, "Artigo 20.º — Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva", in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 415 ss..

Krombach v. Bamberski [13] é um caso relativo à morte de uma menor francesa (filha de Bamberski), pela qual foi criminalmente responsabilizado *Krombach*. No que concerne os aspetos civis, foi nesse processo condenado o responsável, à revelia, por sentença de tribunal francês, a uma indemnização do pai da vítima. Pretendendo-se a execução da sentença em território alemão, onde residia *Krombach*, a primeira instância francesa declarou a executoriedade; contudo, foi a decisão objeto de recurso para o supremo tribunal federal alemão, alegando o réu condenado "*não se ter podido defender efetivamente no processo que levou à sua condenação pelo órgão jurisdicional francês*" [14], o que consubstanciaria uma violação da ordem pública internacional do Estado alemão, a atender nos termos do então vigente antecessor do atual artigo 45.º, n.º 1, a), de Bruxelas Ia (i.e., o artigo 27.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas de 1968). Admitindo o Tribunal de Justiça que a ordem pública internacional há de ser densificada em conformidade com concepções nacionais, não deixa de reservar-se o controle dos limites para a sua invocação, em face, ademais, da excepcionalidade daquele instituto, justificador de uma interpretação restritiva da norma que o consagra para efeitos de recusa de reconhecimento [15]. Ora, é neste contexto que surge o apelo à "jurisprudência constante" no sentido de que '*os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça*", que se inspira "*nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a protecção dos direitos do homem com os quais os Estados-Membros cooperam ou a que aderem*" [16]. O apelo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem é explícito [17], conduzindo a que o Tribunal de Justiça recorde ter ele próprio reconhecido "*expressamente o princípio geral de direito comunitário nos termos do qual qualquer pessoa tem direito a um processo equitativo, que se inspira nos referidos direitos fundamentais*"[18]. A consequência será, afinal, a de que a apreciação da exceção de ordem pública internacional pelos tribunais nacionais poderá ter em conta "*o fato de o órgão jurisdicional do Estado de origem ter recusado ao arguido o direito de se fazer representar para se defender sem comparecer pessoalmente*"[19].

Também em Gambazzi colocava-se a questão da propriedade da invocação da ordem pública internacional. Aí decidiu o Tribunal de Justiça que, no teste

13 TJUE, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, C-7/98 (2000.03.28)

14 TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.º 16.

15 TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.os 21-23.

16 TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.º 25.

17 Não deixa, aliás, de lembrar-se a consagração desta orientação (de respeito dos direitos fundamentais, tal como os garante a CEDH) no próprio Tratado da União Europeia: TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.º 27.

18 TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.º 26, com referências jurisprudenciais.

19 TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, cit., n.º 45 e n.º 2 do dispositivo. Sobre o caso, v. a análise de RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Public policy in the framework of the Brussels Convention", cit., pp. 292 ss..

para a sua aplicação, se pode dar relevo ao fato de "*o juiz do Estado do origem ter decidido do pedido do demandante sem ouvir o demandado, que compareceu regularmente perante ele mas foi excluído do processo por um despacho com o fundamento de que não cumpriu as obrigações que lhe foram impostas por um despacho proferido anteriormente no quadro do mesmo processo, quando, no termo de uma apreciação global desse mesmo processo e face a todas as circunstâncias, concluir que a referida medida de exclusão constituiu uma violação manifesta e desmesurada do direito do demandado a ser ouvido*" [20]. A regra de jurisdição invocada é a mesma de *Krombach*; e, tal como aí, reitera-se o apelo aos "*direitos fundamentais, como o respeito dos direitos de defesa*", em nova remissão para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem [21].

Já em ASML, bem como em Apostolides, estava em questão a regra, acima transcrita, correspondente ao atual artigo 45.º, n.º 1, b), de Bruxelas Ia (então, tratava-se do artigo 34.º, n.º 2, de Bruxelas I).

No primeiro caso [22], fixou-se como boa a interpretação da sua parte final no sentido de que a possibilidade de interpor recurso de uma decisão condenatória proferida à revelia — possibilidade essa que, se existia, mas não foi exercida, afastará o fundamento de recusa de reconhecimento de tal decisão condenatória — só existiria, na verdade, se o requerido "*tiver tido efectivamente conhecimento do seu conteúdo, através de comunicação ou notificação efectuada em tempo útil para lhe permitir defender-se no tribunal do Estado de origem*" [23]. No caso, a uma sociedade com sede na Áustria foi condenada, à revelia, por tribunal neerlandês, a pagar certo montante a ASML, sociedade com sede nos Países Baixos. Apesar de várias notificações àquela devedora no processo, tanto para comparecer em audiência no foro neerlandês — mas recebida apenas uma semana depois da data da audiência — como do despacho da primeira instância austríaca que reconheceu força executiva à sentença, desta última não foi a parte vencida notificada. Pois bem: o Tribunal de Justiça foi sensível à indispensabilidade de dar ao recorrente a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo da decisão, designadamente da sua fundamentação, reputando insuficiente o mero conhecimento da existência da decisão [24], para o que, uma vez mais, mobiliza expressamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em particular o seu artigo 6.º, não deixando de trazer ao seu arrazoado o anteriormente decidido pelo tribunal de Estrasburgo (ainda que em matéria penal) em interpretação desse preceito [25].

20 TJUE, *Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc* et al., C-394/07 (2009.04.02), n.º 48 e dispositivo do acórdão.

21 TJUE, *Gambazzi*, 2009.04.02, cit., n.os 29, 28.

22 TJUE, ASML, 2006.12.14, cit.

23 TJUE, ASML, 2006.12.14, cit., n.º 49 e dispositivo do acórdão.

24 TJUE, ASML, 2006.12.14, cit., n.os 34-36.

25 Cfr. TJUE, ASML, 2006.12.14, cit., n.os 26-28.

No segundo caso, Apostolides [26], a vulneração dos direitos de defesa, com base no mesmo preceito de Bruxelas I, estava alegadamente na desconformidade com os mesmos de um reconhecimento, no Reino Unido, de uma sentença cipriota, proferida num caso em que os demandados, embora em situação de revelia, interpuseram recurso (que, porém não colheu) no Estado de origem da sentença. A decisão europeia é clara: se a mera possibilidade (mesmo que desaproveitada) de ter exercido um direito de recurso bastaria para precludir a invocação, nesta sede, do desrespeito por direitos fundamentais de defesa, por maioria de razão se terá que tomar por plenamente respeitados tais direitos quando o direito de recurso for efetivamente exercido no Estado de origem, se ademais esse recurso lhe tiver permitido alegar "*que o acto que iniciou a instância ou o acto equivalente não lhe foram comunicados ou notificados em tempo útil e de modo a permitir-lhe a defesa*" [27].

Por último, quanto à judicatura do Luxemburgo, importa dar atenção a *Trade Agency* [28], caso em que relevam ambas as citadas alíneas do artigo 45.º, n.º 1, de Bruxelas Ia. Com efeito, a sociedade com aquela firma foi condenada ao pagamento de certa quantia, por tribunal inglês, num processo em que, segundo os autos e as informações prestadas por esse tribunal, foi citada, mas não deduziu contestação; já segundo a demandada, essa citação não teve lugar. Cita-se agora, neste contexto, não apenas o artigo 6.º da Convenção Europeia, mas também o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [29]. A contraparte no julgamento à revelia requereu o exequatur na Letónia, tendo-o obtido em instâncias inferiores, mas enfrentando aí recurso com base numa alegada violação dos direitos de defesa da demandada em Inglaterra, por não ter "*sido informada da propositura da ação na High Court», como ainda por a decisão deste tribunal ser «manifestamente contrária à ordem pública letã, na medida em que não tinha qualquer fundamentação*" [30]. O Tribunal de Justiça começa por retomar ASML com o fim de explicar o controlo dos direitos do requerido revel através de um sistema de dupla fiscalização: por um lado, nos termos do atual artigo 28.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, "*o tribunal suspende a instância enquanto não se verificar que foi dada ao requerido a oportunidade de receber o documento que iniciou a instância, ou documento equivalen-*

26 TJUE, *Meletis Apostolides v. David Charles Orams* et al., C-420/07 (2009.04.28).

27 TJUE, *Apostolides*, 2009.04.28, cit., n.º 78. Esta pronúncia, mais breve que a anterior na apreciação da garantia dos direitos de defesa (o ponto é objeto da quarta questão colocada em sede de reenvio prejudicial, tratada nos n.os 72-80 de Apostolides), não invoca explicitamente a Convenção Europeia ou outros textos jusfundamentais, mas remete explicitamente para ASML, designadamente a propósito do esclarecimento sobre as exigências regulamentares para a *"efectiva observância dos direitos de defesa»"*(-TJUE, *Apostolides*, 2009.04.28, cit., n.º 75)

28 TJUE, *Trade Agency* Ltd v. Seramico Investments Ltd, C-619/10 (2012.09.06).

29 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.os 23, 24.

30 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 20.

te, em tempo útil para providenciar pela sua defesa, ou enquanto não se verificar que foram efetuadas todas as diligências necessárias para o efeito" [31]; por outro lado, em sede de reconhecimento, temos as garantias a que nos vimos referindo (no artigo 45.º, n.º 1, b) [32]. Aqui, ganha relevo a alegação de que, não obstante os termos da certidão inglesa — atestando que, apesar de a sentença ser proferida à revelia, o ato iniciador da instância foi objeto de citação em determinada data —, essa certidão não pode precludir o exame, pelo tribunal do Estado de reconhecimento, da "*exatidão das informações factuais contidas na certidão*". Tal exame não prejudicaria o sistema regulamentarmente instituído, uma vez que a proibição da revisão de mérito se limitaria "*unicamente à decisão judicial do Estado-Membro de origem*" [33]. Assim, o juiz de reconhecimento "*é competente para proceder a uma apreciação autónoma do conjunto dos elementos de prova e para verificar assim, se for caso disso, a concordância entre estes e as informações que figuram na certidão*". Pelo que a proteção regulamentar do requerido revel deve ser interpretada "*no sentido de que, quando o demandado interpõe recurso da declaração de executoriedade de uma decisão proferida à revelia no Estado-Membro de origem e acompanhada da certidão, alegando que não recebeu notificação do ato que deu início à instância, o tribunal do Estado-Membro requerido, chamado a pronunciar-se sobre o dito recurso, é competente para verificar a concordância entre as informações que figuram na referida certidão e as provas*" [34]. De seguida, o Tribunal de Justiça aprecia a questão da ordem pública internacional, explicitamente concatenada com a invocação do artigo 47.º da Carta: pretende saber-se o texto jusfundamental, considerado naquele quadro, permite ao Estado de reconhecimento recusar uma decisão, proferida à revelia, quando nela "*se decide do mérito de um litígio sem analisar o objeto da ação nem os respetivos fundamentos» e sem apresentar «qualquer argumentação sobre a respetiva fundamentação de mérito*" [35]. Após a afirmação do carácter nacional e excecional da cláusula de ordem pública [36], o Tribunal de Justiça retoma ASML para reiterar a importância da fundamentação de uma decisão judicial para o respeito do direito a um processo justo, nos termos da Convenção Euro-

31 Hoje, o n.º 3 desse art. 28.º estabelece uma articulação com o Regulamento sobre as citações e notificações, que o Tribunal de Justiça já ensaiava perante versões anteriores de ambos os regulamentos (TJUE, ASML, 2006.12.14, cit., n.º 30): "*É aplicável o artigo 19.º do Regulamento (CE) n. 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de atos), em vez do n.º 2 do presente artigo, se o documento que iniciou a instância, ou documento equivalente, tiver sido transmitido por um Estado-Membro a outro por força daquele regulamento*".

32 V. TJUE, ASML, 2006.12.14, cit., n.os 29 ss.; TJUE, Trade Agency, 2012.09.06, cit., n.os 32, 44.

33 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 35.

34 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.os 38, 46.

35 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 25; v. tb, n.º 47.

36 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.os 48-51.

peia (art. 6.º) e da Carta (art. 47.º) [37]. Mas lembra o Tribunal, com valor decisivo para o caso, que "*os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas*" : "*podem comportar restrições, na condição de que estas correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e não constituam, à luz da finalidade prosseguida, uma ingerência desmedida e manifesta nos direitos assim garantidos*" [38]. Pois bem: é aqui que o Tribunal de Justiça, na confortável posição de não ter que decidir o caso concreto, remete para o órgão jurisdicional de reenvio a competência para "*verificar, à luz das circunstâncias concretas do processo principal, se a restrição instituída pelo sistema processual do Reino Unido não é manifestamente desproporcionada em relação ao fim prosseguido*", uma vez que, segundo informação do Governo desse Estado, a possibilidade de os seus tribunais decidirem à revelia pressupõe o cumprimento da exigência de o requerente apresentar "*uma exposição pormenorizada dos pedidos ("particulars of claim") que inclua uma apresentação aprofundada dos fundamentos de direito e dos fatos na origem do litígio*" , como contrapeso da possibilidade de decidir à revelia, ela própria prosseguindo objetivos atendíveis, nomeadamente o de boa administração da justiça ao "*garantir um desenvolvimento rápido, eficaz e menos dispendioso dos processos intentados para cobrança de créditos não contestados*"[39]. A regra interpretativa a final fixada pelo Tribunal de Justiça procura o equilíbrio entre estes interesses: "*o tribunal do Estado-Membro requerido não pode recusar, ao abrigo da cláusula de ordem pública, a execução de uma decisão judiciária proferida à revelia e que decide do mérito do litígio, que não inclua uma apreciação sobre o objeto nem sobre o fundamento do recurso e que é desprovida de fundamentação quanto ao mérito deste, a menos que entenda, no termo de uma apreciação global do processo e vistas todas as circunstâncias pertinentes, que essa decisão implica uma violação manifesta e excessiva do direito do requerido a um processo justo, referido no artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, em razão da impossibilidade de interpor recurso de forma útil e efetiva dessa decisão*"[40].

37 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.os 52, 53.

38 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 55, citando jurisprudência anterior, designadamente TJUE, *Gambazzi*, 2009.04.02, cit., n.º 29.

2.2. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*Povse, Avotiņš*)

A garantia dos direitos fundamentais de defesa em análise não foi apenas objeto da atenção do Tribunal sediado no Luxemburgo. Em Estrasburgo, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi chamado à apreciação da compatibilidade, com a Convenção Europeia, de regras europeias de jurisdição. Impõe-se aludir a dois casos: Povse v. Austria e Avotiņš v. Latvia.

Em Povse [41], tratava-se das regras do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, ou Bru-

39 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.os 59, 56, 57.

40 TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 62 e n.º 2 do dispositivo.

41 TEDH, *Sofia Povse et al. v. Austria*, 3890/11 (2013.06.18).

xelas IIA, num caso envolvendo as responsabilidades parentais relativamente a uma criança italo-austríaca. Após várias pronúncias de tribunais italianos e austríacos, o foro de menores veneziano emitiu certidão que atestava a decisão homologada que ordenava o regresso da criança a Itália, provida de força executória e de reconhecimento incontestável noutro Estado-membro, nos termos do artigo 42.º daquele Regulamento. Não se conformando com a decisão italiana, a mãe austríaca invocou judicialmente o superior interesse da criança para obstar à sua execução, tanto nas superiores instâncias austríacas, por iniciativa das quais o próprio TJUE interveio no litígio [42], como perante o tribunal de Estrasburgo — neste último, com base na alegada violação do direito à vida privada e familiar, reconhecido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia [43]. Com efeito, o Estado austríaco era aí demandado por violação desse direito; defendia-se, porém, com base na impossibilidade, confirmada pelo Tribunal de Justiça [44], de ir mais longe na análise do mérito da causa. Para o enfoque que ora nos interessa não se tratava aqui de uma invocação do direito a um processo equitativo, como plasmado na Convenção Europeia. Não obstante, é também com a concretização dos direitos processuais que se prende este caso, da perspetiva do Tribunal Europeu, ainda que sob um prisma diverso: o de pressuposto o cumprimento das regras europeias de jurisdição em matéria de responsabilidade parental, saber se estas serão conformes às obrigações dos Estados Contratantes em face da Convenção Europeia, quando esses Estados são simultaneamente Estados-membros da União Europeia e, por conseguinte, estão vinculados aos respetivos atos legislativos. Aqui chegados, importa recordar a doutrina Bosphorus do Tribunal Europeu. Se uma organização internacional, de que o Estado Contratante faça parte, consagra uma proteção de direitos fundamentais tida por equivalente (e não necessariamente idêntica, mas ao menos comparável) à outorgada pela Convenção Europeia, tanto nas garantias materiais oferecidas como nos mecanismos de controlo da sua observância, presumir-se-á que o Estado não se afastou do cumprimento das exigências convencionais quando a sua atuação consubstancie a implementação dos deveres a que está adstrito

42 Cfr. TJUE, *Doris Povse v. Mauro Alpago*, C-211/10 PPU (2010.07.01).

43 Para análise recente de um caso (ligado a Portugal) envolvendo também o art. 8.º da CEDH e bem assim a Convenção da Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças, v. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "C.E.D.H., Acórdão de 5 de Fevereiro de 2015. (*Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar)*", in RLJ, Ano 144.º, n.º 3992, 2015, pp. 381 ss..

44 TJUE, *Povse v. Alpago*, 2010.07.01, cit., em que se decidiu, nomeadamente: "*a execução de uma decisão homologada não pode ser recusada no Estado-Membro de execução, com fundamento no fato de, devido a uma alteração das circunstâncias ocorrida após ter sido proferida, ser susceptível de prejudicar gravemente o superior interesse da criança. Tal alteração deve ser invocada, no tribunal competente do Estado-Membro de origem, ao qual deve ser igualmente submetido um eventual pedido de suspensão da execução da sua decisão*".

pela pertença a uma tal organização [45]. A presunção, que existe em face do direito da União Europeia [46], pode, contudo ser ilidida se, nas circunstâncias concretas, for tida por manifestamente defeituosa a tutela dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia [47]. Ora, em Povse, o Tribunal Europeu, negando provimento à queixa de mãe e filha Povse contra o Estado austríaco, aplicou esta presunção de proteção equivalente, ficando evidenciado o relevo conferido à circunstância de que uma regra como o artigo 42.º de Bruxelas IIA não deixa qualquer espaço de modelação judicial (judicial discretion) [48] ao tribunal do Estado de reconhecimento e execução [49].

Em Avotinš [50], é de novo o sistema jurídico-europeu de reconhecimento de sentenças que comparece perante o Tribunal Europeu [51], agora em matéria civil e comercial. Um cidadão letão, de nome Avotinš, foi condenado em processo declarativo que correu os seus termos em Limassol, Chipre, decorrente do não pagamento, a uma sociedade constituída no Chipre, de uma dívida por ele reconhecida perante notário. A citação na Letónia, no domicílio indicado pela demandante, não foi conseguida. Sobre a notificação da sentença, em que foi condenado à revelia, há notícia de aviso postal de recepção assinado; contudo, Avotinš alega não ter sido notificado, por isso que o endereço não era correto, muito embora o tribunal cipriota, afirma, deste tivesse conhecimento [52]. A pedido da sociedade credora, os tribunais letões declararam a executoriedade da sentença cipriota; o demandado impugnou — dando conta de que teria tomado conhecimento, por mero acaso (*by chance*) [53], tanto da sentença de Limassol como do exequatur letão —, mas a última instância confirmou esta declaração de executoriedade (contra a sentença cipriota, por seu turno, não foi interposto qualquer recurso). O Supremo Tribunal da Letónia poupou-se na motivação, que se limita a sublinhar a ausência de interposição de recurso da sentença cipriota com o consequente trânsito em julgado [54]. Ante a queixa de Avotinš contra Chi-

45 TEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, 45036/98 (2005.06.30), n.os 155, 156, v. tb. TEDH, Michaud v. France, 12323/11 (2012.12.06), n.os 100 ss..

46 TEDH, *Bosphorus*, 2005.06.30, cit., n.º 165.

47 TEDH, *Bosphorus*, 2005.06.30, cit., n.os 156, 166.

48 Usando as expressões portuguesa e inglesa em aparente sinonímia, cfr. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Previsão normativa e modelação judicial", cit., p. 236.

49 Cfr. em particular TEDH, *Povse v. Austria*, 2013.06.18, cit., n.os 78, 79, 81,

50 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 17502/07 (2014.02.25)

51 V., sobre ambos os casos, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, "*El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia*", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N.º 2, 2014, pp. 91 ss..

52 TEDH, Avotiņš v. Latvia, 2014.02.25, cit., n.º 18. O lugar da citação, indicado pelo mandatário da demandante, seria afinal, alega Avotiņš, o lugar onde foi celebrado o contrato (n.º 7). E, é certo, no pedido de *exequatur* na Letónia (de seguida referido em texto) foi indicado pela demandante um outro domicílio em Riga (cfr. n.º 10).

53 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., n.º 15.

54 V. TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., n.º 22.

pre e Letónia por violação do artigo 6.º da Convenção Europeia, apreciando a que dizia respeito ao segundo Estado (por extemporaneidade da queixa contra Chipre), o Tribunal Europeu começa por recordar que não lhe é cabida a interpretação das normas europeias, tarefa essa que incumbe aos tribunais da União Europeia, isto é, o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais que aplicam o direito da União [55]. Depois, ao afirmar a importância do equilíbrio processual das partes, nota que o artigo 6.º da Convenção Europeia não prescreve, porém, uma determinada forma de citação. Por fim, na decisão propriamente dita do caso, entende, um tanto surpreendentemente, que a não dedução de recurso em Chipre pelo requerente precludia a impugnação do reconhecimento, com base no artigo 34.º, n.º 2, de Bruxelas I (correspondente ao artigo 45.º, n.º 1, b), de Bruxelas Ia)[56]. Não surpreende, pois, que o acórdão tenha sido tirado por uma maioria de quatro contra três juízes, que fizeram lavrar a respetiva declaração de voto — pungente desde logo quando caracteriza de altamente problemática a fundamentação do supremo tribunal letão, ao limitar-se a considerar "sem importância" a invocação da ausência de notificação da sentença cipriota [57]. A terminar a dissensão, merece registo a atenção votada pelos três juízes à interação com a União Europeia: "*Em acréscimo, não estamos certos de que a implícita aprovação do modo como o Supremo Tribunal da Letónia aplicou o direito da União Europeia seja de fato consistente com este último". Não sendo o Tribunal competente para interpretar o direito da União Europeia, entendemos, no entanto que não deveria aprovar implicitamente práticas nacionais que podem ir contra o direito da União Europeia.* "*"Esta é uma situação nova para o Tribunal, que merece uma reflexão muito séria*"[58].

2.3. Tribunais portugueses

A terminar o elenco jurisprudencial, chamamos a atenção para os acórdãos da Relação de Guimarães [59] e do Supremo Tribunal de Justiça [60] (relativos a um mesmo caso), navegando justamente nestas águas.

O litígio dizia respeito à dívida de um cidadão português perante uma sociedade bancária em França, país onde o devedor residia quanto celebrou o contrato de mútuo. Perante o incumprimento, o banco propôs ação declarativa no tribunal de Pontoise, em França, onde o seu pedido foi deferido. Mais tar-

55 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., n.º 48.

56 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., n.os 50-51. Vejam-se, críticos, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, "*El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo*", cit., pp. 103 ss.; MARTA REQUEJO ISIDRO, "*On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR* (zu EGMR, 25.2.2014 — nº 17502/07 — Avotiņš ./. Latvia)", in IPrax, Heft 1, 2015, pp. 70 ss..

57 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., declaração de voto, n.º 2 (v. tb. n.os 4 e 5).

58 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., declaração de voto, n.º 5.

59 TRGuimarães, proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1, Relator: Fernando Fernandes Freitas (2014.10.27).

60 STJ, proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1.S1, Relator: Gregório Silva Jesus (2015.07.09).

de, vem a credora pedir na comarca de Cabeceiras de Basto o reconhecimento e execução da sentença francesa.

Em França, as diligências de citação depararam-se com a dificuldade de o demandado não residir na morada indicada no contrato, a única de que a credora tinha conhecimento, pelo que se frustrou toda a tentativa de citação pessoal. Na verdade, tudo indica que o cidadão português havia já retornado a Portugal, no momento da propositura da ação declarativa [61], e abandonado a sua residência francesa. Em consequência, foi seguido o procedimento comum de direito processual civil francês em tais situações, que, ainda que diverso, é equiparável (assim alegou a credora) à citação edital do processo português [62].

A primeira instância concedeu o exequatur; mas o réu interpôs recurso, invocando a ordem pública internacional e a proteção do requerido revel, nos termos de Bruxelas I, a que juntou o apelo para os artigos 6.º da Convenção Europeia, 47.º da Carta e 20.º da Constituição portuguesa, em virtude de terem sido desrespeitados os seus direitos fundamentais de defesa. A Relação de Guimarães deu provimento ao recurso de apelação e revogou a sentença, recusando a declaração de executoriedade, pela comarca portuguesa, da decisão de Pontoise, justamente com base nos números 1 e 2 do artigo 34.º de Bruxelas I, correspondentes às duas primeiras alíneas do artigo 45.º, n.º 1, de Bruxelas Ia. E tal decisão mereceu a concordância do Supremo, que em revista confirmou o acórdão da Relação.

É de assinalar como, em ambos os acórdãos, ainda que com enfoques não idênticos, as instâncias portuguesas se detiveram atentamente na jurisprudência do Tribunal de Justiça. No Supremo, é conferido especial relevo a Trade Agency, desde logo para desvalorizar a "função atribuída à certidão" emitida pelo tribunal francês: desta constava, efe-

61 O ponto é objeto de discussão, uma vez que não há prova cabal desse fato; mas do arrazoado da Relação resulta ser ele tido por provavelmente verificado, ou pelo menos a sua alegação por credível: "*E se é certo que foram realizadas todas as diligências para o notificar pessoalmente desta sentença, também não deixa de ser certo que, tendo deixado de pagar as prestações relativas ao mútuo em Abril de 2005, e sido interpelado pela mutuante "C..." para cumprir com o pagamento em 17 de Outubro do mesmo ano, (de acordo com a sentença), passou cerca de um ano e três meses até que esta tivesse intentado a acção. Tempo suficiente para dar credibilidade ao Apelante quanto ao seu regresso a Portugal, com a inexigibilidade que daí decorre de se informar se, em França, foi proposta alguma acção contra si e qual o resultado dessa acção*".

62 Na descrição do Tribunal da Relação, em cujo acórdão se pode encontrar uma transcrição das normas processuais civis francesas pertinentes: "*o Apelante S... foi procurado por "Oficiais de Justiça" na morada que constava dos autos, para lhe ser notificada a sentença acima referida, e não foi encontrado, nem foi encontrada pessoa alguma que pudesse prestar qualquer informação. Foram feitas "buscas" junto da Câmara Municipal de Boissy L'Aillerie não tendo sido obtida "informação útil". Ficou a constar do mesmo documento resultar "das buscas" supra relatadas que o destinatário do acto não tem actualmente nem domicílio, nem residência conhecidos" e que não foi possível "encontrar o seu lugar de trabalho", e "as pessoas interrogadas não tendo conseguido nos informar a este respeito". Em 15 daquele mês de Junho foi enviada para a referida morada carta registada com aviso de recepção a notificar o Apelante, e carta simples a informá-lo "do cumprimento desta formalidade"*".

tivamente, que a data da citação seria correspondente ao dia em que os oficiais de justiça franceses, após a frustração da citação pessoal, promoveram diligências de notificação da sentença no local do pretenso domicílio. Ora, ao tribunal português de reconhecimento, nos termos já aludidos, não estaria subtraído verificar a exatidão das informações factuais constantes da certidão, uma vez que mantém competência para "*proceder a uma apreciação autónoma do conjunto dos elementos de prova e para verificar assim, se for caso disso, a concordância entre estes e as informações que figuram na certidão*". No caso, sendo a data aposta na certidão ulterior ao proferimento da sentença, estaria por definição demonstrado que ela não poderia validamente corresponder ao início da instância sem que os direitos de defesa houvessem sido vulnerados.

3. BREVES REFLEXÕES.

Um "limite interjusfundamental autónomo" ao reconhecimento de sentenças estrangeiras?

No caso objeto dos acórdãos portugueses por último relatados, não deixa de suscitar questões a circunstância de ser dar como provado, mas daí não se retirar um qualquer efeito útil, o fato de que o devedor foi interpelado em França, o que, como nota a credora, terá «certamente» sido efetuado na morada constante do contrato. Se, de fato, o devedor é assim interpelado, estando, pois, pelo menos a partir daí, ciente do vencimento da sua obrigação, então questionar-se-á se a sua mudança de domicílio para fora daquele país poderá legitimamente colocá-lo na posição, como se escreve em passo já citado da Relação, de "*inexigibilidade (...) de se informar se, em França, foi proposta alguma acção contra si e qual o resultado dessa ação*". A essa dúvida junta-se ainda a de saber como, ao apreciar os fundamentos de recusa de reconhecimento, os tribunais portugueses devem encarar uma citação não pessoal por autoridades estrangeiras, no caso francesas. Será que uma citação não pessoal, uma qualquer forma substitutiva de citação, preenche aqueles fundamentos? Na hipótese de uma resposta irrestritamente positiva, introduz-se uma séria dificuldade à segurança jurídica, na perspectiva dos credores. Significaria que, não obstante cumpridas as formalidades nacionalmente exigidas de citação, ainda que por meios não pessoais — isto é, não obstante a plena conformidade com o processo civil interno, ele próprio também enformado pelos princípios jus fundamentais de defesa —, a sentença que é internamente de plena regularidade não poderia, em caso algum, ser reconhecida e executada noutro Estado-membro. Trata-se, como é evidente, de um resultado de difícil compatibilização com a confiança recíproca sobre que se alicerça o sistema jurisdicional europeu. Ora, nos termos de outra jurisprudência europeia, que não parece ter sido considerada pelos tribunais superiores portugueses, "*o direito da União deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que seja proferi-*

da uma decisão à revelia contra um demandado que, na impossibilidade de ser localizado, foi citado para o ato que determinou o início da instância por via edital nos termos do direito nacional, desde que o órgão jurisdicional ao qual foi submetido o processo se assegure previamente de que foram efetuadas todas as averiguações exigidas pelos princípios da diligência e da boa fé para encontrar esse demandado" [63]. Não pode, com efeito, esquecer-se a posição do demandante, que de contrário poderá ser confrontado com autênticas denegações de justiça [64], ou ver cerceada, no Estado de reconhecimento, uma das vertentes do seu direito ao processo equitativo: o "*direito à execução das decisões dos tribunais*" [65]. Não pode tão-pouco esquecer-se que, para o próprio Tribunal Europeu, o direito a um processo equitativo não se opõe a uma citação edital, desde que os direitos dos interessados sejam devidamente acautelados [66]. A relevância do que acabamos de transcrever para aquele caso português implicaria, portanto, indagar sobre se poderiam ter-se por "*efetuadas todas as averiguações exigidas pelos princípios da diligência e da boa fé para encontrar*" o demandado, quando um procedimento de citação não pessoal, como o francês, é posto em marcha [67].

Repare-se ainda, agora com interesse geral, como, ao ter-se alterado em 2000 a regra correspondente ao atual artigo 45.º, n.º 1, b), de Bruxelas Ia, num sentido que deixa de fazer depender a recusa de reconhecimento de uma formal análise da regularidade da citação, para passar a atender-se a um critério (menos técnico ou processual, mais funcional) que parece consubstanciar-se na verificação da suficiência da informação que aquela fornece ao demandado, por referência ao seu direito de tomar parte no processo declarativo [68], poderia alegar-se que foi introduzida uma margem de modelação judicial do juiz de reconhecimento e execução. Ora, isto significa que um desenvolvimento do direito da União Europeia que aparentemente aponta a uma acrescida materialidade do controlo das garantias de defesa — como

63 TJUE, *G v. Cornelius de Visser*, C-292/10 (2012.03.15), n.os 55, 59 e n.º 2 do dispositivo, retomando TJUE, *Hypoteční banka a.s. v. Udo Mike Lindner*, C-327/10 (2011.11.17), n.º 55 e n.º 2 do dispositivo.

64 TJUE, *Hypoteční banka*, 2011.11.17, cit., n.º 51; TJUE, G v. Cornelius de Visser, 2012.03.15, cit., n.º 50. A propósito do equilíbrio a exigir-se entre os direitos de defesa do demandado e o direito do demandante à administração da justiça no caso, direito que as garantias de defesa não podem ir ao ponto de inutilizar, cfr., a propósito da questão paralela da recorribilidade de sentenças, a asserção do nosso Supremo em STJ, proc. n.º 944/13.0T4AVR.C1.S1, Relator: Melo Lima (2015.10.15): "*O direito de acesso à Justiça e aos Tribunais não impõe a consagração de um sistema ilimitado de recursos*".

65 J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 414.

66 TEDH, Nunes Dias v. Portugal, 69829/01, 2672/03 (2003).

67 Cabendo por outro lado perguntar, o que não resulta evidente dos acórdãos, de que modo foi possível à credora identificar o domicílio português do devedor, para efeitos de propositura da ação de reconhecimento e execução em Cabeceiras de Basto.

68 JONATHAN FITCHEN, "13. IV. *The Refusal of Recognition and Enforcement*", cit., n.º 13.326.

se sintetizava em Apostolides, a nova formulação "*não exige necessariamente a regularidade da citação ou notificação do acto que inicia a instância, mas a efectiva observância dos direitos de defesa*"[69] — coenvolve afinal, na interação com a Convenção Europeia, um enfraquecimento do alcance da presunção de proteção equivalente, por comparação com uma mera análise técnica da regularidade de citação, uma vez que, para se ilidir tal presunção, pode justamente desempenhar um papel a margem legalmente reconhecida ao julgador. Em tese, esta orientação pode fazer recrudescer a intervenção do Tribunal Europeu, em litígios que digam respeito à aplicação de regras europeias de jurisdição. Se há "exceções à execução automático" e, por conseguinte, não há um "automatismo cego" na execução de decisões estrangeiras [70], abre-se um espaço para a apreciação, em Estrasburgo, da conformidade convencional da intervenção judicial dos tribunais judiciais dos Estados-membros, também partes na Convenção. Mas esse recrudescimento dependerá, é importante notar, do modo como o Tribunal Europeu interpretar a sua própria função: se fizer carreira a decisão maioritária de Avotinš, tal espaço não será reconhecido, em consequência de uma leitura autolimitativa em face do direito da União Europeia [71]. Se, porém, a posição subjacente à declaração de voto ganhar adeptos em Estrasburgo, aumentam as perspetivas de revisibilidade da atuação dos tribunais nacionais europeus, em aplicação do direito da União — em desfavor, não deve ignorar-se, da segurança jurídica no tráfego, para a qual não contribuiria o surgimento desta quarta instância [72].

Por último, é visível em todos os acórdãos citados, uma preocupação que se concentra não tanto na circunstanciada análise de cada um dos articulados jusfundamentais — desde logo, não se estabelecendo hierarquias ou preferências, que seriam indispensáveis para a pontual resolução dos casos com base em apenas um deles —, mas a procura de uma fundamentação, de uma legitimação última da garantia de direitos fundamentais de defesa, tal como corporizada nas regras

69 TJUE, *Apostolides*, 2009.04.28, cit., n.º 75.

70 TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., declaração de voto, n.º 4.

71 MARTA REQUEJO ISIDRO, "On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR", cit., p. 74, vê aqui uma "atitude benevolente", que estaria em linha com os "*esforços para facilitar a relação entre os dois sistemas europeus*", o que, afirma, poderia ser conveniente num contexto de adesão da UE à CEDH, mas trazer escolhos para a proteção do direito a um processo equitativo. Sobre o tema da adesão e as razões que lhe subjaziam, v. JOHAN CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Council of Europe*, Strasbourg, 2014, pp. 13 ss.. Entretanto, como é sabido, o projeto de acordo relativo à adesão da UE à CEDH não mereceu parecer positivo do Tribunal de Justiça: cfr. TJUE, Parecer 2/13 (Tribunal Pleno) (2014.12.18).

72 Para usar a expressão de TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 2014.02.25, cit., declaração de voto, n.º 3. É ainda de questionar, neste contexto, qual o papel a atribuir ao considerando n.º 38 de Bruxelas Ia ("*O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sobretudo o direito à ação e a um tribunal imparcial, previsto no artigo 47.º da Carta*"): uma presunção de proteção conforme com o texto jusfundamental?

de jurisdição aplicáveis, em especial as que ditam as condições de impugnação do reconhecimento e execução. É como se, no quadro dessa interjusfundamentalidade, relevassem os vários textos básicos protetores dos direitos fundamentais em tanto que limites ao reconhecimento e execução.

Este desenho sugere-nos recuperar ideias entre nós avançadas por Moura Ramos há mais de três décadas, ao estudar a intervenção dos preceitos constitucionais do foro como limite autónomo à aplicação do direito estrangeiro – intervenção essa qua tale, por meio dos preceitos constitucionais violados, e não através do mecanismo da ordem pública internacional. Sobre este limite constitucional autónomo, propôs-se que haveria sempre de interpretar-se o texto constitucional em causa, de modo a "discernir quais as hipóteses por ele contempladas". Algo que exigia, porém, indispensavelmente, a atenção prestada ao necessário equilíbrio a manter entre dois vectores: "*os valores de certeza e segurança do tráfego internacional e as exigências básicas da ordem constitucional*"[73]. A sensibilidade mínima para a intervenção desse limite haverá de ser determinada à luz de uma interpretação da própria Constituição [74], através da qual, aliás, não se exclui a possibilidade de se desenvolverem regras *ad hoc* para a determinação do seu âmbito de aplicabilidade [75]. De outro modo, colocados perante uma norma constitucional, a sua aplicação dependerá "*do conteúdo e função de cada norma da Constituição (maxime dos direitos fundamentais) e do âmbito espacial e territorial que lhes haverá de ser reconhecido*". Sempre, todavia, na medida do estritamente necessário, de modo a que não seja colocado em causa o vector que há que contrabalançar: "*os valores de certeza e segurança do tráfego internacional*" [76]. Esses valores têm, no contexto deste nosso estudo, ressonância na posição do demandante, uma vez que a irrestrita afirmação das garantias de defesa

73 RUI MANUEL MOURA RAMOS, DIP e Constituição, cit., p. 235.

74 Avançou-se, de todo o modo, que os preceitos que consagrem Menschenrechte "*podem aspirar a ser plasmados em todos os casos que venham a ser sujeitos à actividade julgadora dos tribunais*", restando aos meros Bürgerrechte uma "*eficácia limitada às situações em que os titulares dos direitos fundamentais feridos pelo direito estrangeiro chamado pela regra de conflitos sejam cidadãos nacionais ou eventualmente estrangeiros residentes no território do foro e equiparados para o efeito aos nacionais*". Portanto, para estes últimos, e em geral, haverá que apreciar, em todo o caso, a "*intensidade da relação que efectivamente intervenha entre o estrangeiro e o Estado do foro*", de modo a ajuizar a "*aplicação ou não dos direitos fundamentais neste reconhecidos*": RUI MANUEL MOURA RAMOS, DIP e Constituição, cit., p. 233.

75 V. RUI MANUEL MOURA RAMOS, DIP e Constituição, cit., pp. 229-230; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 685.

76 Conclui RUI MANUEL MOURA RAMOS, DIP e Constituição, cit.: "*Daí que, esgotado todo o processo internacionalprivatístico (nele incluído o jogo da ordem pública internacional), a aplicação ao caso concreto de uma lei estrangeira deva poder ainda ser travada por acção dos preceitos constitucionais que enquanto tais — e portanto de forma perfeitamente autónoma em relação ao processo conflitual — contêm potencialidades bastantes para impedir o juiz do foro de consagrar soluções que os neguem frontalmente*" (p. 234).

colocaria em causa tais valores, a que se associariam os interesses gerais de boa administração da justiça e o direito do demandante à execução das decisões dos tribunais. A esses interesses, aliás, foi sensível a jurisprudência, designadamente quando negou aos direitos fundamentais consagrados nos textos citados um carácter de "prerrogativas absolutas" [77].

Ainda que a autonomia de uma tal sorte de limites constitucionais não seja incontrovertida [78], é já mais consensual a defesa de que, no quadro da Constituição, podem ser desenvolvidas as citadas regras *ad hoc* para a definição do perímetro normativo de intervenção da regra constitucional, sobretudo a que proteja direitos fundamentais. Ora, nesta construção, muito embora sejam os preceitos comuns, constantes de regulamento europeu, a fixar — em primeira linha — os termos da invocação de limites ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira, limites esses ultimamente fundados na garantia dos direitos fundamentais de defesa, a verdade é que o desenho das linhas finas da configuração desses limites não tem dispensado a intervenção conformadora das jurisprudências — nacionais, do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu — que, cada uma à sua maneira, apelam para aqueles textos jusfundamentais. A terem valor normativo autónomo, esses apelos conformadores da interpretação do direito europeu derivado, tanto ao nível do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como nas demais instâncias — mas, sobretudo naquela, uma vez que não tem competência imediata para fixar uma interpretação dos preceitos nacionais em si mesmos, mas sim para aferir a sua conformidade jusfundamental convencional —, poderiam, em certo sentido, ser encarados como regras *ad hoc*, de desenvolvimento jurisprudencial. Enfim, digamos que, cruzando a terminologia "interconstitucional" [79] com o clássico discurso sobre a interação entre o direito internacional privado e o direito constitucional, poderemos estar perante um esboço de um "*limite interjusfundamental autónomo» ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*".

4. BIBLIOGRAFIA

77 Cfr. supra, n. 38.

78 Veja-se entre nós, desde logo, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Direito Internacional Privado — Volume I, cit., pp. 366-367, 679 ss..

79 Na expressão ("interconstitucionalidade") usada por FRANCISCO LUCAS PIRES, Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra, 1998, p. 18, e trabalhada por J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1425 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, "Brancosos" e Interconstitucionalidade — Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 265 ss.. V. ainda PAULO RANGEL, "Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade — uma leitura crítica do pensamento 'transconstitucional' de Marcelo Neves", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL., 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 151 ss.; e, em perspetiva não inteiramente coincidente, MARCELO NEVES, "Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL., 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 107 ss.

(JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA)

TJUE, Dieter *Krombach* v. André Bamberski, C-7/98 (2000.03.28)

TEDH, Nunes Dias v. Portugal, 69829/01, 2672/03 (2003)

TEDH, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, 45036/98 (2005.06.30)

TJUE, ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS), C-283/05 (2006.12.14)

TJUE, Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc et al., C-394/07 (2009.04.02)

TJUE, Meletis Apostolides v. David Charles Orams et al., C-420/07 (2009.04.28)

TJUE, Doris Povse v. Mauro Alpago, C-211/10 PPU (2010.07.01)

TJUE, Hypoteční banka a.s. v. Udo Mike Lindner, C-327/10 (2011.11.17)

TJUE, G v. Cornelius de Visser, C-292/10 (2012.03.15)

TJUE, Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd, C-619/10 (2012.09.06)

TEDH, Michaud v. France, 12323/11 (2012.12.06)

TEDH, Sofia Povse et al. v. Austria, 3890/11 (2013.06.18)

TEDH, Avotinš v. Latvia, 17502/07 (2014.02.25)

TRGuimarães, proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1, Relator: Fernando Fernandes Freitas (2014.10.27)

TJUE, Parecer 2/13 (Tribunal Pleno) (2014.12.18)

STJ, proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1.S1, Relator: Gregório Silva Jesus (2015.07.09)

STJ, proc. n.º 944/13.0T4AVR.C1.S1, Relator: Melo Lima (2015.10.15)

—

BARRETO, IRENEU CABRAL, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015

CALLEWAERT, JOHAN, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2014

CANOTILHO, J. J. GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003

—, "Brancosos" e Interconstitucionalidade — Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CORREIA, ANTÓNIO FERRER, Lições de Direito Internacional Privado — I, Almedina, Coimbra, 2000

DIJK, PIETER VAN / VIERING, MARC, "Right to a Fair and Public Hearing (Article 6)", in PIETER DIJK ET AL. (EDS.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, pp. 511-650

DUARTE, MARIA LUÍSA, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — natureza e meios de tutela", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 723-755

—, "O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem — Uma defesa do 'triângulo judicial europeu' ", in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 205-236

FITCHEN, JONATHAN, "13. IV. The Refusal of Recognition and Enforcement", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), The Brussels I Regulation Recast, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 432-496

GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, "El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotinš c. Letonia", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, N.º 2, 2014, pp. 91-111

GUZZETTA, GIOVANNI, "Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of rights europeo", in ANTONIO D'ATENA / PIERFRANCESCO GROSSI (A CURA DI), Tutella

dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello — tra Europa e Stati nazionali, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155-167

JAYME, ERIK, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne — Cours général de droit international privé", Recueil des Cours, t. 251 (1995), 1996, pp. 9-268

LEÃO, ANABELA COSTA, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional", RFDUP, Ano 3, 2006, pp. 41-76

MARTINS, PATRÍCIA FRAGOSO, Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais — Em busca de um due process of law na União Europeia, Principia, Estoril, 2007

MEDEIROS, RUI, "Artigo 20.º — Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva", in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010

MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE, "Artigo 47.º — Direito à acção e a um tribunal imparcial", in ALESSANDRA SILVEIRA / MARIANA CANOTILHO (COORDS.), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Almedina, Coimbra, 2013

MEYER-LADEWIG, JENS, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten — Handkommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2003

NEVES, MARCELO, "Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL., 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 107-150

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, Direito Internacional Privado — Volume III — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2012

—, Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014

PIRES, FRANCISCO LUCAS, Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra, 1998

RAMOS, RUI MANUEL MOURA, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979 (3.ª reimpr.: 1994)

—, Direito Internacional Privado – Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos da disciplina, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

—, "L'ordre public international en droit portugais", in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 245-262

—, "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado", in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 209-244

—, "Public policy in the framework of the Brussels Convention", in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 283-300

—, "A Concordata de 2004 e o Direito Internacional Privado Português", in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 335-388

—, "O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil", RLJ, Ano 143.º, n.º 3983, 2013, pp. 82-106

—, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento Bruxelas I pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1269-1300

—, "C.E.D.H., Acórdão de 5 de Fevereiro de 2015. (Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar)", RLJ, Ano 144.º, n.º 3992, 2015, pp. 381-406

RANGEL, PAULO, "Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade — uma leitura crítica do pensamento 'transconstitucional' de Marcelo Neves", in RUI MANUEL MOURA RAMOS ET AL., 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 151-174

REQUEJO ISIDRO, MARTA, "On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR (zu

EGMR, 25.2.2014 — nº 17502/07 — Avotinš ./. Latvia)", IPrax, Heft 1, 2015, pp. 69-74

SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 307-366

SILVA, SUZANA TAVARES DA, Direitos Fundamentais na Arena Global, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE / VICENTE, DÁRIO MOURA, Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares, Lex, Lisboa, 1994

VICENTE, DÁRIO MOURA, "Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", in Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 291-324

DIREITOS DE SEGURANÇA DE DADOS NA EUROPA

Marion Albers*

*Doutora na Universidade de Bielefeld; Bacharel em jurisprudência na livre Universidade de Berlim; Professora e Presidente de Direito Público, Informação e Direito da Comunicação, Direito da Saúde Pública e Teoria do Direito na Universidade de Hamburgo.

É uma grande alegria poder voltar ao Brasil e é sempre uma experiência agradável participar dos eventos promovidos pelo IDP. A minha palestra gira em torno dos direitos de segurança de dados na Europa, mas também na sociedade que estabelece a importância em todo o mundo; preparei a apresentação em inglês, os senhores verão em inglês na tela, poderão seguir um pouco na tela e receber a tradução simultânea. Em 16 de outubro de 2015, ou seja, muito recentemente, o Tribunal da União Europeia tomou uma decisão bastante inovadora em questão de segurança de dados que é a decisão versus, ou seja, também chamada a decisão *Safe-Harbor*, o porto seguro, nessa decisão o tribunal europeu explicava que declarou essa decisão *Safe-Harbor* invalida a comissão nessa decisão que foi tomada em 2000 havia garantido, determinado, que aquele modelo do *Safe-Harbor* estaria oferecendo uma suficiente segurança de dados para a pessoa, mas o tribunal europeu não estava convencido disso, e ele fazia menção explícita ao seu processo sobre o serviço de inteligência americano cujos abusos foram revelados por Edward Snowden.

Então essa decisão do *Facebook* faz parte de uma série de decisões do tribunal europeu que comprovam a europeização das atribuições desse tribunal fortalecendo suas funções, o arquivamento de dados, as decisões sobre arquivamento de dados, o direito de ser esquecido, são discutidos hoje no mundo todo, o conceito normativo do direito e segurança de dados da Europa tem muita importância, não só na Europa, mas em todo o mundo.

No início, gostaria de falar um pouco do marco jurídico da segurança de dados da União Europeia, depois dos direitos fundamentais de segurança de dados e recursos fundamentais dos direitos humanos. A terceira parte da minha conferência coloca as três decisões importantes do tribunal europeu, tais quais: a diretiva de armazenamento, direito a ser esquecido em relação ao *Google*, e também a decisão do Facebook, e no final eu vou falar dos envolvimentos possíveis da perspectiva futura.

Inicialmente, sobre o regulamento europeu dentro da União Europeia, até hoje, o marco jurídico depende dessa diretiva da União Europeia que vem do ano de 1995, mas há anos está em curso um processo de reforma de mudança ou substituir essa diretiva por um regulamento, o que está por trás disso, no ano 2008, a convenção europeia elaborou um relatório de avaliação da diretiva existente, e o relatório chegou à conclusão de que a diretriz de segurança privada não foi capaz e garantir ou de harmonizar a discussão da União Europeia para esse marco jurídico, eliminar as diferenças existentes entre os diversos países europeus, os países da União Europeia. Além disso, a distância impede a comunicação de processamento de dados tiveram um enorme em 95 a internet...

Todos os meios de comunicação virtual não eram como são hoje, por isso a comissão reforçou a necessidade

de substituir essa diretriz e garantir que o nível de segurança de dados seja igual entre todos os países membros da União Europeia. Em 2012, foi refeita a proposta de um regulamento europeu e, desde então, começaram as negociações entre parlamento comissão e o conselho e também a sociedade participou intensamente nos debates havia muitas controvérsias, porque a norma fundamental determina que os direitos nacionais sejam abolidos nesse requisito, mas hoje em dia, já existe o consenso de que uma portaria, um decreto será aprovado em 2015 para entrar em vigor em 2017, os detalhes ainda estão muito controvertidos.

Cabe aqui destacar dois pontos importantes: primeiro, o regulamento diferente da diretiva vai ter um efeito imediato nos direitos nacionais dos países membros, uma diretiva precisa sempre ser implementada no direito nacional, já não é o mesmo caso no regulamento europeu, tem efeito imediato, então vai estabelecer padrões e normas uniformes porque ela determina uma lei de efeito imediato. Em segundo lugar, as consequências dessa europeização dessas normas faz parte de que os direitos fundamentais europeus e que vaio ser aplicados também na segurança de dados, não são mais as constituições dos países membros, que irão então determinar os seus próprios padrões, o direito fundamental alemão de autodeterminação na informacional que o Tribunal Constitucional foi desenvolvendo na última década e que se tornou muito famoso, será bastante eliminado ou substituído pelo marco jurídico europeu, ou seja, os direitos fundamentais conterão normas, eu menciono aqui os direitos fundamentais, tratam-se essencialmente de dois direitos fundamentais que constituem a essência da lei de segurança de dados europeu, Artigo 8, e também Artigo 98, o Artigo 7 - garante ou determina, que todo a pessoa tem direito a respeito da sua esfera privada, a sua vida em familiar, seus dados e a sua comunicação, a formulação foi transcrita do Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O Artigo 8 da carta de direitos humanos garante o direito de cada pessoa à proteção de seus dados pessoais, na sua esfera privada então, Artigo 8, parágrafo 2 - isso determina então boa-fé para esses dados, e com o consentimento da pessoa em questão também o que serão então, deverão obedecer fundamentos legais, cada pessoa tem o direito de obter informações sobre os dados da sua pessoa que estão armazenados, solicitar a sua correção, Artigo 8, parágrafo 3 destaca que a manutenção dessas normas seja supervisionada por um órgão independente. Como Artigo 78, temos dois direitos fundamentais que garantem a proteção de dados, e quais os seus requisitos exatos e como devem ser delimitados isso não é fácil de ser respondido.

O entendimento do Artigo 7 da carta se orienta no Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal Europeu em direitos humanos, essa orientação no direito internacional na intepretação dos direitos fundamentais da União

Europeia está prevista na carta europeia, ou seja, no Artigo 52 da carta europeia, para que exista uma coerência entre todos esses três documentos.

Para convenção de direitos humanos é importante saber que o direito a respeito de sua esfera da vida privada não se restringe apenas à esfera privada ou de ficar sozinho, mas no Artigo 8, isso está sendo interpretado mais amplamente, e após a jurisprudência o Artigo 8 é incluído com a sua abrangência maior. Na carta fundamental da União Europeia temos um direito fundamental separado sobre a proteção de dados individuais que está ao lado ou em paralelo ao respeito à vida privada, e explica-se então como direito fundamental moderno e como reação às técnicas novas de armazenamento e processamento de dados, e que simplificou muito a coleta, armazenamento e disseminação de dados da pessoa, então isso se divide não apenas em relação ao estado, mas também um respeito entre entidades privadas, o respeito a essa segurança de dados.

O que faz a proteção do direito de segurança de dados, sequer a esfera privada, se não se não se protege a esfera privada e tão pouco a autodeterminação, a autonomia pessoa, se olharmos o Artigo 8 veremos que esse direito precisa ser mais ampliado, porque exige uma proteção de direito a proteção de dados, mas isso também existe a necessidade de regulação através da qual se realize, se implemente, é necessário ter a regulação jurídica para garantir a execução da segurança, alguns padrões se deduzem do Artigo 2, parágrafo 2 e 3, mas são padrões mais formais e não tanto com algum teor especifico. Em relação aos bens protegidos o Artigo 8 é circular, ele concede direito de segurança de dados, proteção, mas não determina quais os objetivos da proteção de dados, e como a regulação deveria ser feita para atender ao direito fundamental. Algumas pessoas afirmam de que o direito fundamental europeu de proteção de dados que não determine nada, mas seja uma resposta à execução legal em que o nível de proteção pudesse ser realizado, então o conceito habitual de direitos fundamentais e direito subconstitucionais é aplicado, porque geralmente os direitos fundamentais deverão estabelecer padrões só para os quais as instâncias de implementação de lei possam se orientar. Então os meios de proteção de segurança de dados é uma questão ainda que precisa ser mais esclarecida, esfera privada, e também o direito autonomia informacional não podem mais, ou seja, nós precisamos nos dedicar mais à elaboração de todos esses conceitos e CPO, então a decisão do tribunal europeu é importante pelo o que se vê, por isso chegou ao ponto de mostrar o que até então o tribunal europeu deduziu em termos de segurança de dados ou proteção de dados.

Existem 3 decisões importantes sobre as quais quero relatar, primeiro a decisão sobre armazenamento de dados, essa diretiva de armazenamento de dados determinava que os provedores, serviço de telecomunicações pudessem usar dados, pudessem usar os metadados ou armazená-los durante

dois anos, e colocá-los à disposição à polícia ou então as instâncias jurídicas mediante a demanda, eu não sei se existe uma regra semelhante no Brasil, muitos países hoje em dia funcionam dessa forma, os metadados da telecomunicação com muita facilidade podem ser armazenados durante longo período de tempo e oferecem então um quadro bastante atualizado e detalhado sobre o comportamento de comunicação das pessoas. Na União Europeia foram obrigados pelo tribunal europeu em 2014, o tribunal europeu mostrou que não havia consistência entre os diversos instrumentos, então mostrou a diferença entre o Artigo 7 de respeito a vida privada e o Artigo 8, o direito a proteção de dados, ali é feito uma diferenciação, o Artigo 8 fala de um direito a segurança de dados, sem se restringir a conceitos de direito privado, da esfera privada, e ambos direitos fundamentais as diretrizes de armazenamento tiveram as suas consequências, em todos é exigida a proporcionalidade.

O Tribunal Europeu achou que o princípio fundamental estava sendo ferido, e os critérios importantes para tomada de decisão podem nos fazer conclusões sobre o posicionamento do tribunal, é um problema de segurança de dados aqui pela diretiva, todos os dados de comunicação eletrônica de todos os participantes e usuários sejam coletados sem restrição, e também as barreiras para o acesso das autoridades nacionais aos dados armazenados, o tribunal considerou muito baixo, e o prazo de dois anos pareceu muito longo ao Tribunal Europeu, e também eu senti a falta das garantias de que os dados armazenados fossem protegidos contra abusos e hacker. Mais inovadora ainda foi a decisão do *Google Spanien*, Espanha, em relação ao direito ao esquecimento, que também nos deu uma visão dos direitos fundamentais de segurança de dados europeu, o caso retamente relatado, muitos dos senhores o conhecem, porque já foi discutido no mundo todo, Senhor Gonzalez, um espanhol que era proprietário de um terreno na Espanha que, em 1998, foi leiloado publicamente, e quando você colocava o nome desse senhor no *Google* Search os usuários da internet recebiam links para duas páginas do Jornal El Dia de 1998, ali estava uma comunicação em que o nome do Senhor Gonzalez era relacionado ao leilão público do seu terreno por não pagamento de suas obrigações em relação a previdência social na Espanha, estava tendo um bem leiloado, então a lei de proteção de dados espanhola solicitou ao *Google* que retirasse os dados sobre o Senhor Gonzalez dos seus arquivos para evitar o acesso a esses dados da pessoa através do *Google*, e contra essa decisão o *Google* Espanha, *Google Incorporation* foram ao tribunal e isso fez com que a questão fosse levada até o Tribunal Europeu, o Tribunal Europeu baseou-se nos direitos da pessoa de quem enfim, a partir de instrumentos europeus que garantem o bloqueio desses seus dados pessoais, então os direitos fundamentais do Artigo 78 estariam servido de base para que as informações

sobre o Senhor Gonzalez fossem eliminadas, então tratava-se aí da obrigatoriedade de proteção de dados, pôs o conflito entre o Senhor Gonzalez e o *Google* é um conflito entre entidades privadas, e em geral o Tribunal Europeu geralmente é um pouco mais resistente, mas na área de dados rapidamente mostrou-se que os direitos fundamentais devem incluir direitos de proteção, que também garantem a proteção de informações entre particulares, entre entidades privadas, e o Tribunal Europeu parte do princípio, diz, afirma que a internet mudo o esquecimento da sociedade em relação a dados, a lista de resultados de uma máquina de busca é algo automático, e que tem consequências próprias.

O Tribunal Europeu argumentou que esses mecanismos de busca disseminar dados sobre a pessoa no mundo todo, e que o usuário de uma visão geral sobre determinada pessoa cujos dados estão na internet, e com isso pode ser construído um perfil bastante detalhado da pessoa em questão, as informações que aparecem contém informações sobre a vida privada que não teriam sido acessadas sem o uso do mecanismo de busca, a pessoa afetada por tal busca tem interesse que seja protegida a sua esfera privada, e que também os eventos negativos estejam ali, então existe o direito de que um provedor de serviços de buscas deve eliminar esses dados pessoais da pessoa em questão, então o Tribunal Europeu garantiu os direitos do Senhor Gonzalez porque, durante muito tempo, ainda os dados sobre a leilão do seu bem e a sua dívida a previdenciário estavam ali disponíveis, então, o tribunal considerou a rapidez do processamento dos dados atuais, a facilidade de coleta, portanto, ficou esse direito do esquecimento, e esse exemplo é bastante ilustrativo, quaisquer dos senhores possivelmente no futuro poderão ser o desejo de que qualquer resultado de busca em *Google* não seja mostrado a um público alto aberto, mesmo que a decisão do Tribunal Europeu tenha alguns pontos fracos eu considero correto garantir o direito ao esquecimento, isso baseado nos direitos fundamentais da pessoa, essa decisão, então, muito atual de 2015.

O que é outro caso, o Max Schrems é um estudante de direito da Áustria que usa o *Facebook* desde 2008, ele se queixou no Facebook, na autoridade de proteção de dados da Irlanda, e que em relação ao *Facebook* da Irlanda, que transfere dados dos cidadãos da Europa para os Estados Unidos, muito embora Edward Snowden tenha revelado que não há proteção suficiente de dados nos Estados Unidos, autoridade de segurança de dados na Irlanda refutou então a decisão de *Harbor* parte do princípio de uma adequada segurança de dados na Europa, e não pode ser comprovada, então a autoridade irlandesa está aqui nesta foto, não é a casa inteira não, apenas aquela pequena parte iluminada, e onde se concentra atividade da autoridade de proteção de dados na Irlanda, e ali está autoridade e europeia de segurança de dados, incluindo o fisco, podemos entender que ele não não use coisa alguma, mas pode

ser realizada. Max Schrems fez uma demanda no Superior Tribunal Irlandês sobre armazenamento dos seus dados, e a alta corte irlandesa respondeu, o Tribunal Europeu na decisão falou do papel, ressaltou o papel das autoridades de controle de segurança de dados, agências de controle de forma independente deverão supervisionar de forma independente a segurança de dados, então sai o elemento fundamental do processo de segurança de dados, quando analisamos o regulamento europeu, segurança de dados na história europeia há componentes essenciais entre eles a instauração como a institucionalização do controle para a segurança de dados ou proteção de dados, então esse regulamento não se baseia exclusivamente no fato do que os próprios usuários sejam responsáveis pela proteção de seus dados.

Então nessa decisão do *Safe-Harbor* o Tribunal Europeu destaca e muito o papel das entidades de inspeção e controle sobre segurança de dados, eles destacam, o tribunal destaca que as entidades de controle também devem controlar a supervisão, controle da proteção de dados de um cidadão de um país, também e, outros países, o que inicialmente havia sido recusado. Devido à autonomia e a sua competência, as entidade de controle deverão verificar uma decisão europeia que tenha verificado que também um terceiro país tenha que seguir as normas de segurança de dados da Europa, então o direito de controle dentro da decisão do *Safe-Harbor*. Com isso o Tribunal Europeu realmente fortalece ou reforça a função da autoridades de controle de dados, mas essas autoridades não podem, só o Tribunal Europeu é que pode cuidar da real implementação, então a autoridade dentro do direito nacional deve ter possibilidades de recurso quando o Tribunal Europeu poderá ser invocado, e poderá declarar inválida a decisão da comissão europeia, somente o Tribunal Europeu que poderá ignorar, ou seja, trata-se aí do envolvimento também de terceiros países em todo esse circuito do controle de segurança, e também fala ou discorre sobre o que é o nível suficiente de segurança de dados num país de terceiros; os senhores podem ler aqui na tela eu o terceiro precisa garantir o nível de segurança de dados, que seja equivalente em valor aos níveis de segurança nos países europeus, eles serão um ponto fundamental na decisão do tribunal, com isso o tribunal obriga, ou seja, fazendo pressão e estabelecendo os padrões na transmissão de dados para terceiros países e estabelecendo padrões do mesmo nível dos que valem na União Europeia, ou seja, na transmissão de dados em outros países devem ser seguidos os padrões europeus de segurança.

E passa a ser também da comissão europeia, e o tribunal verifica em detalhe se o padrão de segurança de dados em cada uns dos países membros está garantindo o nível de segurança, ele nega isso de forma muito clara, a decisão *Safe-Harbor* seja aplicável apenas a empresas americanas que se sujeitam aos padrões, mas não as autoridades. Naqueles países, além disso, há

uma regra *Safe-Harbor* segue o direito americano ou em uma restrição, porque as empresas não precisam mais seguir essa decisão quando se trata de interesses públicos ou interesses da inteligência nacional, então com isso se dão as revelações de Edward Snowden que mostra que os serviços de inteligência sem qualquer restrição têm um alcance muito amplo sobre os dados da empresa sem qualquer diferenciação ou exceção também é concedido acesso aos órgãos de segurança, o tribunal também diz que aqui uma ofensa ao direito de proteção da esfera privada dos indivíduos.

Na Europa depois das revelações de Edward Snowden, houve um acalorado debate sobre a atividade do serviço de inteligência americano, e o Tribunal Europeu, no entanto, é a primeira instituição que critica muito claramente as referências dos serviços de inteligência, e rebate e faz com que, nestas condiçoes, haja a garantia de que não podem mais ser transferidos dados de europeus para os Estados Unidos entre outros. Angela Merkel, nossa chanceler, logo depois da revelação de Edward Snowden, reagiu inicialmente de forma bastante temperada, mas isso mudou radicalmente quando foi comprovado que até o aparelho celular da Chanceler Alemã havia sido espionado; as consequências políticas, no entanto, ficaram bastante restritas, mas agora, após as novas decisões do Tribunal Europeu, isso mudou, veremos o que é que essa sentença ou essa decisão bastante recente trará de consequências.

Dentro de uma perspectiva futura, convém salientar que a segurança de dados na Europa deverá se orientar pelos padrões dos direitos fundamentais europeus nos direitos fundamentais nacionais que vão perder muito de sua influência própria, os estados membros, os direitos fundamentais europeus precisam ser ainda mais desenvolvidos, elaborados, e, sobretudo ainda agora ainda não estão totalmente claros quais os padrões normativos da segurança de dados da União Europeia. Nos últimos anos, o Tribunal Europeu manifestou- se mais e mais sobre esta questão da proteção de dados, concretizou também esta proteção e mostrou que aqui, também, o nível bastante elevado da segurança de dados das pessoas é a principal meta.

6

ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: COOPERATIVISMO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Inicialmente, senhoras e senhores aqui presentes, gostaria de agradecer ao IDP pelo convite feito a mim. Agora, se o doutor Leonardo Papp tratou deste tema como se estivesse no último andar da diretoria, descerei ao chão da fábrica na abordagem sobre a questão do princípio do não retrocesso, e preciso falar sobre o custo dos direitos. Quando se começa a ter direitos que necessitem de algum pagamento ou de alguma retribuição, haverá sempre dificuldade para se trabalhar isto.

Em relação ao princípio do não retrocesso dos direitos sociais, que representa uma busca pela manutenção e pela otimização dos direitos que, historicamente, foram conquistados; não é uma coisa absoluta, é uma norma pragmática que, para ser entendida, deve-se compreender o modelo em que se insere e nada melhor que a História para se entender o não retrocesso e os direitos sociais. Não há como tratar deste assunto sem falar em *Welfare State*, o princípio do bem-estar social, e buscar na história alguns pontos extremamente necessários para que, somente depois, possa colocar o início desta caminhada.

O *Welfare State* começou em 1944, com o acordo de Bretton Woods, que criou o FMI. O medo da depressão de 29 que veio acompanhada pela guerra trouxe a necessidade de se achar alguma saída para a população, a quem, naquele momento, o governo resolveu dar pleno emprego, ou seja, investir em grandes obras, gerar emprego e, com isso, a posição social da população melhora. Ironicamente, motivado pela guerra, o Lord Beveritch – ministro da previdência da Inglaterra, em 1946 – colocou o seguinte: se todos recebessem bombas, e bombas vindas do céu, a população teria, durante toda a guerra, a mesma assistência. Começa aí uma noção ampliada de assistência social que acaba desaguando na declaração dos direitos do homem, e que em casos de problemas quanto à sobrevivência ou subsistência, alguém deveria dar algum apoio. Só que, de 1980 a l990, esta lógica do pleno emprego e do crescimento foi a cabo com o tratado de *Maastrich*, que trouxe para a União Europeia, em particular, força, estabilidade e equilíbrio econômico.

Perceba que, num primeiro momento, de1944 a 48, em quatro anos começa a se estabelecer tudo que tem direito social; na década de 80, foram necessárias correções, que acabam fechando o ano de 1992 – que é a situação, hoje, da ideia de força. Melhor colocar as situações que determinaram tudo isto, melhor dizendo, de 50 a 60, a população mundial era extremamente jovem e havia pouca gente no mundo, não estes sete bilhões de hoje, e isto facilitou o crescimento econômico; você não se preocupa com tudo porque consegue a subsistência; e este é o grande problema do modelo, a hora que se discute retrocesso ou não, saber se é artificial ou não, ou até onde vai, se é real e onde passa a ser artificial, porque o próprio modelo concebido de direitos foi totalmente influenciado pela guerra fria cujo teatro de operações, que era uma guerra fria, mas

era uma guerra, se deu e se desenvolveu bastante na Europa.

O capitalismo e o comunismo ou socialismo passaram a deliberar: o meu sistema é melhor porque traz esses e outros benefícios, e do outro lado a mesma coisa. E esta guerra de benefícios aconteceu, mas acontece que não se esperava o avanço das democracias partidárias e de massa, um voto por homem, por mulher, um voto por cidadão; e este cidadão demandava serviços e como fazer se estes serviços se multiplicavam.

Bem, para se entender se houve ou não retrocesso, deve-se conhecer a situação atual do *Welfare State*. Primeiro, hoje não existe o pleno emprego, não há crescimento e a ideia no mundo todo é de estabilidade e de equilíbrio macroeconômico, ou seja, preciso controlar minhas contas, senão terei problemas. Um segundo momento é que, nesta briga da guerra fria, chegou-se à situação em que tudo isto começou a se artificializar, melhor dizendo, o estado por si só não conseguia financiar as próprias atividades, o orçamento não fechava. O fim da guerra fria, com a insolvência do socialismo real, mostrou que a solidariedade entre países era artificial; e olha que esta afirmação não partiu de mim, mas do professor José Luís da Costa Fiori, da Universidade de São Paulo, filósofo que trabalhou uma tese sobre o *Welfare State*.

Indubitavelmente, todos estes avanços e benefícios tinham lastro ou foram ferramentas da guerra fria; surge, daí o questionamento de o porquê do avanço das democracias partidárias e de massa em que é muito importante contentar a classe média e a classe abaixo da média, uma pessoa, um voto. É aí que coloco para os senhores que não existe nenhum político com coragem suficiente para dizer que, para o nível de direito que se tem, ou aumenta o orçamento ou reduz a prestação de serviços; de outra maneira não dá, e isto se mostra artificial quando é via benefícios e o número de serviços necessários quando o orçamento fecha; se não fechasse, haveria rombo, como o que acontece hoje no rombo das contas do país de 110 bilhões. Isto precisa ser esclarecido, pois, no momento em que não se consegue pagar determinada coisa, será que seria justo o direito social?

Caso não se tenha condições para pagar, não há como receber, então, qual o direito social real? Esta é a pergunta feita quando se fala de retrocesso do direito social, é saber o que veio artificialmente e o que é sustentável em qualquer área, principalmente, na área ambiental. Agora, em qualquer área pode ser dito que esse efeito colateral da guerra fria vem sendo testado, pergunte ao ministro de Portugal ou ao da Grécia se é possível manter todos os serviços pensados em 44 e 48; a situação, neste caso, é fácil, ou aumento o orçamento ou reduzo os serviços. A síntese mais bem colocada sobre isto foi do professor Miguel Prata Roque, da Universidade de Lisboa, a seguir:

Quanto aos direitos sociais, econômicos e sociais é verdade que eles consistem em normas programáticas que são aquilo que,

por exemplo, que Robert Alexy considerava por mandados de otimização, ou seja, o que se está a exigir ao legislador é que na medida do possível vai implementando esses mesmos direitos, agora, quanto à proibição do retrocesso, é por isso que agora a pouco estava a falar na diferença entre nós defendermos o direito acantonados numa fortaleza ou defendermos o direito em espaço aberto, dando o peito às balas, porque faço esta intervenção, porque muitas vezes há determinados setores científicos, públicos que defendem o princípio do não retrocesso de tal forma que torna essa argumentação irracional, ora, eu não entendo que seja inadmissível a regressão no âmbito de proteção de certos direitos, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais por vários fatores, desde logo que nós vivemos numa sociedade aberta plural, democrática, se houver eleições periódicas em determinado programa público de vencedores determinar a redução do âmbito de aferição de alguns direitos para proteção de outros direitos faz todo sentido que o âmbito máximo de proteção desses direitos possa ser restringido, como disse o senhor conselheiro reservando, protegendo esse núcleo essencial do direito.

Basicamente, o professor Miguel Roque diz ser irracional a defesa absoluta do direito do não retrocesso, são normas pragmáticas; eu não posso tirar isto do sistema, mas a modulação vem com as adversidades e com a ampliação quando se tem a bonança; temos que dar o peito às balas, não se entrincheirar e discutir isto periodicamente. Quando pode mais, faz-se mais, quando se pode menos, faz-se menos e a grande saída é a adequação, a ponderação, como o doutro Leonardo disse, trazendo o ministro Barroso sobre o tema, no Brasil o que diz a nossa Suprema Corte.

Eu acho que o *leading case* sobre isto de 2005, extremamente, importante pelos autores, que é a associação dos membros do Ministério Público e junto com esta ação de peso, estava a associação dos magistrados brasileiros. Houve uma alteração no sistema jurídico e os aposentados começaram a contribuir para a previdência novamente. A associação do Ministério Público e dos magistrados disseram que já tinham direito adquirido, já estavam aposentados e não queriam voltar a contribuir, que isto, era um retrocesso da previdência social. Como o Supremo decidiu esta questão? O Ministro Nelson Jobim, na época, colocou a questão do Welfare state e fez uma diferenciação entre os direitos sem custo e os direitos sociais e econômicos que custam, porque a evolução do direito leva a direito a um julgamento, direito de ir e vir. Vários direitos que custam pouco ou nada em termos econômicos, na hora que coloco previdência, alimentação, habitação e várias outras coisas, o seu direito é tão grande quanto o orçamento da União. Infelizmente, o Ministro Jobim disse, exatamente isto, que alguns juristas esquecem desta distinção econômica fundamental dos direitos que custam. E para vermos o retrocesso, precisamos saber se ele é um direito que custa ou não, porque se custa, ele é um direito relativo. Porque, na verdade, o estado fornece o que arrecada, e ele arrecada o que

a sociedade pode dar. Se a sociedade não pode dar, como é que eu falar em retrocesso, diz o Ministro Cezar Peluso, nesta mesma ação.

Esse acórdão têm 317 páginas, os onze ministros do Supremo votando, então foi uma aula sobre direito de não retrocesso. O Ministro Cezar Peluso fala, exatamente, o que o Ministro Barroso disse, que é da ponderação ou confrontação com outros direitos igualmente protegidos pela Constituição que vamos verificar se existe retrocesso ou não. Falar em retrocesso é o último argumento depois de toda uma estrada de consolidação de argumentos e não o primeiro.

É isto o que acontece no Código Florestal, talvez o problema desta indicação é quando começamos a falar em retrocesso, não sabemos, se é na contextualização final ou como primeiro argumento. E aí, não vamos contextualizar, vou trazer o chão de fábrica do Código Florestal, primeiro qual a posição do Brasil, isto ninguém quis falar e nem tratar, para depois discutir o retrocesso. O Brasil possui 850 milhões de hectares e a média de floresta por habitante é de 2,7 hectares. A média no resto do mundo é 0,6 hectares. Importante, aqui, é que temos 509 milhões de florestas naturais que dão 98% da vegetação nativa do país.

E mais, há 470 milhões de hectares, que nenhum particular vai poder fazer nada, são unidades de conservação, terras indígenas e terras públicas cadastradas. Se eu dividir isto dão 92% da vegetação, só que se eu dividir 470 milhões de hectares de terras públicas destinadas ao meio ambiente pelo tamanho do país dá 55,22%, ou seja, mais da metade do país não vai poder tirar uma árvore.

É neste contexto que nós começamos a discutir se há retrocesso ou não. Com este contexto eu pergunto: existe efeito colateral? A partir deste questionamento, temos que tratar desta questão. A primeira colocação é a segurança alimentar, em 25 anos houve uma redução de 65% do preço da comida no país da maneira em que está, então, vão falar que podem reduzir a terra, mas terá que aumentar a tecnologia. E aí está o ônibus da NASA, sabe como a NASA move os seus ônibus espaciais, qual o combustível, sem dinheiro e nem pesquisa? Há desenvolvimento, e mais, o nível de tecnologia. Se eu pegar um carro 1.0, a tecnologia usada para eu chegar até cem, custa 30 mil reais, para ir até duzentos, ele vai custar cem mil reais, de duzentos a trezentos, vai custar um milhão de reais, e acima disto, vai custar cinco milhões de dólares. Portanto, quanto mais aplicar a tecnologia, ela vai resolver, ela vai me dar comida, só que custo de produção pode ser conflitante. Esta questão que o doutor Leonardo disse sobre, talvez, a ciência não tenha todas as respostas. Eu produzo mais, mas a que preço e a que custo, e o direito social neste sentido, e a inflação que hoje está voltando no Brasil, principalmente, da comida? O que tem que ser levar em conta, é a ponderação de tudo isto.

Outro ponto de concepção diz respeito ao uso do solo brasileiro. Em 1500,

Pedro Álvares Cabral veio ao Brasil e em 2010, foi apresentado um mapa na Universidade de São Paulo que mostrava como está a ocupação hoje. Nesta apresentação foi sugerido um projeto de recomposição da vegetação nativa no Brasil, ou seja, eu tenho toda a área que vou ter que recompor, que significam algo em torno 110 milhões de hectares, quatro e meio estados de São Paulo, só que aqui, eu tenho todas as unidades de conservação na Amazônia, o que sobra para eu plantar, considerando que parte é o semiárido nordestino? E mais, eu tenho em 17% do país, 57% da população. No momento em que eu pensar, por exemplo, em jogar 10% disto para a Amazônia que tem 46% do território, ela vai passar de oito para dezoito por cento da população do Brasil. Porque, se eu for recompor onde está todo mundo, tenho que tirar gente daqui e botar em algum outro lugar.

Com este problema social de migração e a ponderação entre a migração deste pessoal com a questão ambiental, qual prevalece, ou temos que chegar numa ponderação? Mas caminhando, e isto fora da porteira, o que doutor Leonardo falou, muito dentro da porteira, e na economia, na área urbana, nós temos um prêmio Nobel de economia chamado Wassily Leontief, que sabe quanto custa isto na cadeia produtiva, ou seja, eu perco um real aqui, mas quanto eu ganho no final, isto significa a matriz, em sumo, produtos. Ele possui cadeias produtivas, por exemplo, a da agropecuária, em que vou verificar nos 49 pontos industriais da bovinocultura se eu inserir ou tirar dinheiro de algum lugar, o que sobra e qual o impacto disto. Acontece que isto, é *Leontief* puro.

Existe um economista da academia de economia japonesa que termina o fluxo econômico e mostra o seguinte, *Leontief* viu a questão Inter setorial e Miasawa pegou este resultado e falou, e as famílias, e o consumo final? Nós temos que integrar isto, ou seja, utilizando estes estudos da gôndola do supermercado em diante que eles ganharam o prêmio Nobel.

Eu, junto com o atual coordenador de política agrícola do Ministério da Agricultura, professor André Nassar, fizemos um estudo da perda em 110 milhões de hectares, o que finaliza no PIB e na tributação que gera saúde, lei e educação. No de 2005, o PIB caiu em 128 bilhões e teve uma repercussão de queda de 62 bilhões de tributos, entre União, Estado e Município.

A questão básica é a seguinte, isto foi no ano de 2005 cujo PIB era de 2,14 trilhões e eu perco 62 bilhões de tributação, em 2014 que o PIB era de cinco trilhões e 521 bilhões, seria equivalente a 62 bilhões do ano passado, 142 bilhões de perda tributária. Nós estamos com um problema de caixa, hoje, no Governo Federal de 100 bilhões, isto por ano.

Só para verificar a necessidade de ponderação, pela regra do Código Florestal anterior, eu teria que recompor esta vegetação em 30 anos. Eu começo a recompor aqui, vou perdendo, pela média eu tenho quinze anos desta parte tributária. O IPEA num estudo, na

época do Código Tributário, falou o seguinte, não reflorestar significa jogar sete bilhões de toneladas de carbono no ar, então qual o valor para eu comprar a tonelada de carbono em mdl ou crédito? Onze euros, no valor do euro, em 2014, e o euro deste mês, agora, cinco de novembro. Se quiser, simplesmente, pagar a emissão de carbono estaria falando num valor de no máximo 327 bilhões e isto é 15% do que vamos perder de arrecadação, se tivesse mantido o Código Florestal anterior. A Constituição protege o combate a improbidade administrativa, se isto fosse uma licitação, acham que eu iria pagar 100%, quando poderiam pagar só 15% pelo mesmo produto? E, aí, onde é que está o retrocesso?

Segundo uma colocação do Ministro Gilmar, se buscarmos na Constituição alemã a ideia da segurança jurídica de um regime de transição, tornar-se-ia imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um estatuto ou estatuto jurídico, a ausência de cláusula de transição configura uma omissão constitucional. O que se está debatendo no Código Florestal hoje é, exatamente, esta transição porque as regras, depois da transição são tão ou mais restritivas. E com esta lógica do Ministro Gilmar, eu só vou mostrar um jornal, pois eu adoro dar aula em sala de aula com jornal e não com o código, fica vibrante. Este jornal é a Folha de São Paulo de um ano atrás que um IDH do Brasil. O que é IDH? É o Índice de Desenvolvimento Humano, ou seja, um lugar, em que, além de ter riqueza, eu espelho esta riqueza. Se eu tiver esta riqueza em uma só pessoa, eu não tenho IDH, mesmo OIB. O IDH não é igual em todos os estados, o Distrito Federal tem o maior IDH do país. Onde está o menor IDH do país, não tem vegetação nativa, olha contra o fluxo e o problema é que nós temos que conversar com esta vegetação.

Eu queria que os senhores me respondessem a seguinte pergunta, usando o mesmo mapa da recomposição que eu preciso fazer e adotar o código de maior ou menor IDH, veremos onde eu tenho que recompor mais e onde eu posso tirar 110 milhões de hectares, que era previsto no Código Florestal anterior. O que vai acontecer com o IDH do país? Porque 110 milhões de hectares para produzir faturamento, lucro, salário, saúde, lei e educação, o que vai acontecer? A questão é que o retrocesso não pode ser artificial, não podemos continuar as moções da guerra fria.

Fato é que, ou queremos mais serviços e vamos aumentar o orçamento ou vamos adequar os serviços à atual situação econômica e assim por diante quantas vezes for preciso. Eu acho que assim, no final e na contextualização de tudo, isto é que se deve pensar em retrocesso ou não, e não de forma isolada. Muito obrigado.

A ORDEM ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL APLICADOS AO COOPERATIVISMO

Leonardo Papp*

*Doutor em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Ambiental, Direito Imobiliário e Teoria do Direito no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina; Advogado com atuação nas áreas de meio ambiente, patrimônio e negócios imobiliários.

Muito bom dia a todos. Agradeço, inicialmente, o convite que me foi formulado pelo IDP, reitero a satisfação redobrada por participar desta edição específica, décima oitava, que aponta a maioridade do evento e mostra sua importância e sua credibilidade dentro da doutrina jurídica nacional. Exponho minha satisfação por compartilhar o painel com os meus colegas, a doutra Karin, o doutor Luís Carlos, já conhecido por todos nós, e o doutor Cleucio, que tenho a oportunidade de conhecer agora.

O tema a mim proposto é um tema sobremaneira amplo, pois, lidar com ordem econômica e o desenvolvimento social aplicado ao cooperativismo poderia ser tratado sob várias perspectivas diferentes; antes de mais nada, achei importante fixar algumas premissas e o objeto da minha fala para não correr o risco de querer falar sobre tudo e acabar não falando sobre nada. Obviamente, a primeira parte da apresentação tem o objetivo de fixar premissas e definir qual é o objeto, qual é o recorte dado para minha intervenção; a primeira premissa gira em torno da concretização dos direitos inseridos na Constituição Federal, trata-se, necessariamente, de um cenário de colisão de direitos, a Constituição federal nos fez promessas cuja concretização na prática gera, inevitavelmente, conflitos, isso se evidencia de maneira toda especial quando se fala de valores jurídicos plasmados na Constituição, ligados à ordem econômica e aos valores jurídicos da ordem constitucional que dizem respeito a temas sociais - a concretização de postulados econômicos e sociais se dá inevitavelmente num contexto de colidência, esta é a minha primeira premissa.

A segunda premissa é a de que ,para além de um cenário de colidência entre os aspectos sociais e econômicos da Constituição, essa colidência também se verifica em relação a outros direitos fundamentais; aqui entra em jogo na minha fala, o aspecto de proteção do meio ambiente, valor constitucionalmente assegurado, previsto no texto constitucional como um direito fundamental e que, na necessidade de compatibilização com outros valores constitucionais, o que interessa para nós aqui, ordem econômica e desenvolvimento social, a proteção do meio ambiente também acaba gerando na prática cenários de colisão, cenários de conflito, de concretização de direitos fundamentais - esta é a segunda premissa, para além da colidência entre o econômico e social outros valores, como é a proteção do meio ambiente, também podem na concretização entrar em rota de colisão.

A terceira e última premissa recai no seguinte sentido, esse cenário de colisão de direitos verifica-se em todas as etapas do fenômeno jurídico, ou seja, desde a fase da elaboração do texto legislativo, passando pela fase da elaboração e interpretação do texto legislativo e na fase subsequente da discussão da revisão do texto legislativo; tem-se um cenário de colisão entre aspectos sociais, econômicos e ambientais plasmados no texto constitucional; fecho aqui as minhas premissas. Existe

um cenário de colidência que envolve meio ambiente, aspectos econômicos e sociais em todas as etapas do fenômeno jurídico desde a criação até a aplicação e revisão da norma jurídica.

Fixadas as premissas, é importante identificar qual será objeto da minha exposição, qual será o recorte da minha exposição, esse desafio, essa necessidade de dar harmonização a valores que podem ser colidentes na prática ele também se verifica, também repercute no desenvolvimento de atividades realizadas pelo cooperativismo. Quero aplicar esse cenário de colidência a temas que são afetos a uma forma especifica de organização da produção, uma forma específica de organização de relação entre pessoas que é o cooperativismo, para delimitar ainda mais, mostrarei como esse cenário de colidência afeta o cooperativismo a partir de uma perspectiva específica, que é o controle de constitucionalidade.

O que me interessa aqui é tratar como essa potencial colisão entre valores jurídicos ligados à economia, a aspectos sociais e ao meio ambiente se dá, se materializa no controle de jurisdição, na jurisdição constitucional, no controle de constitucionalidade de normas jurídicas. Não cabe aqui o momento da elaboração da norma e sim o momento da interpretação sobre o aspecto constitucional, e para tornar ainda mais específico este recorte, coloco em pauta a discussão de um caso específico que está sob análise do Supremo Tribunal Federal, escolhido porque me parece ser um dos temas que atualmente o Supremo Tribunal Federal enfrenta, aquele que mais diretamente traz a possibilidade de debate e de reflexão sobre essa colisão de direitos fundamentais envolvendo aspectos econômicos, sociais e de meio ambiente; o caso é a discussão que hoje tramita no supremo em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do chamado novo código florestal, uma lei de 2012 que alterou sobremaneira a legislação que trata de uso e da proteção de recursos florestais; e dentro da discussão do supremo o que interessa, especificamente, é o principal fundamento para alegar a inconstitucionalidade de alguns destes dispositivos que é a proposta de aplicação do princípio da proibição de retrocesso ecológico, ou seja, o princípio da proibição de retrocesso ecológico no âmbito das ADIs do código florestal tem sido utilizado como instrumento para fundamentar a inconstitucionalidade da norma dentro deste cenário de colisão com outros direitos fundamentais.

Inegavelmente, se a preocupação resulta do impacto que tudo isto exerce no cooperativismo, é imprescindível contextualizar o processo. Hodiernamente, a gente vive usando bens e serviços produzidos por cooperativas e nem se apercebe disso, serviços médicos, alimentos, transporte, quando se vai ao supermercado, em alguns lugares do país, tudo isto pode ser feito por cooperativas e nem sequer se atenta para isso. Arrisco a dizer que no ensino jurídico também não é diferente, a gente sofre dessa falta de percepção e de atenção ao cooperativismo; não sei qual é a experiência prática dos senhores,

mas eu me lembro que na minha graduação o professor de direito comercial, no início do semestre, disse que seriam estudadas as sociedades limitadas, as sociedades anônimas, e que existiam outros tipos de sociedades, comanditas, as sociedades em conta de participação e sociedades cooperativas, mas dessas nós não íamos tratar ao longo do semestre porque elas são de menor importância; em razão do tempo, era necessário focar naquilo que na prática é irrelevante, quando a gente vai aos dados existe uma grande distância entre a percepção e a realidade.

Em relação ao cooperativismo no Brasil de hoje, há cerca de 6800 cooperativas atuantes no país congregando em torno de onze milhões e quinhentos mil brasileiros na condição de cooperados e gerando 340 mil postos de trabalho; atua em treze ramos econômicos que vão do agropecuário à mineração e passa pelo transporte, a saúde e pelo crédito. Em 2015, há um faturamento espelhado do ramo cooperativo em torno de duzentos bilhões de reais ou 6% do PIB agropecuário, desse universo todo o agronegócio, que espelha bem essa tensão entre desenvolvimento social, viabilidade econômica e proteção do meio ambiente, porque é aquele que mais diretamente está ligado à utilização de recursos naturais, o cooperativismo do ramo agropecuário no Brasil representa pouco mais de 1550 cooperativas e os 27 estados da federação, um pouco mais de um milhão de pessoas, dos quais 84% são pequenos produtores rurais gera mais de 160 mil empregos; cerca de 50% da produção agropecuária nacional passa de alguma forma por cooperativa, e o cooperativismo responde por algo em torno de 20% da capacidade de armazenamento do país, algo em torno de vinte a trinta por cento do PIB agropecuário, o que não é desprezível, ou pelo menos não é desprezível para a falta de percepção que a gente no cotidiano e mesmo na academia jurídica tem em relação ao cooperativismo.

É inegável que o sistema cooperativista é importante para o país para concretização de valores econômicos, os números estão ali; mas, mais importante talvez para concretização de valores sociais, mais do que o cooperativismo gera em termos econômicos, é necessário reconhecer que o cooperativismo viabiliza atividades que de outras formas não seriam viáveis economicamente; no ramo agropecuário é a reunião desses muitos pequenos produtores com alguns médios e grandes produtores ligados a cooperativas que viabilizam a produção agrícola, especialmente das pequenas propriedades; não fosse nesse modelo, certamente, a viabilidade econômica dessas atividades seria afetada e os benefícios sociais gerados por essas atividades também não se concretizariam. Voltando às premissas e aplicando a esse cenário um pouco mais de conhecimento referente ao cooperativismo, cabe afirmar que a concretização de valores econômicos e sociais do cooperativismo também está diretamente relacionada à proteção do meio ambiente num cenário de colidência – na pre-

missa geral do contexto do cooperativismo, a legislação ambiental insuficiente é ruim para o cooperativismo, legislação ambiental que não permite proteger o meio ambiente faz com que o cooperativismo não tenha no ramo agropecuário aquilo que é seu insumo de produção, então a insuficiência da legislação ambiental é ruim. Por outro lado, o excesso de legislação ambiental ou legislação ambiental excessivamente burocrática ou legislação ambiental desconectada com a realidade também é ruim para o cooperativismo porque não permite concretizar os valores econômicos e sociais que estão ligados ao desenvolvimento dessas atividades.

O grande desafio está em como se chegar a esse equilíbrio no exercício da jurisdição constitucional. Um exemplo ilustrativo nesta direção é o caso das ADIs do código florestal, porque de alguma maneira mais enfática neste caso concreto, se utiliza o princípio da proibição de retrocesso ecológico como uma forma de equalizar esse conflito de direitos, em prol da justificativa da inconstitucionalidade de alguns dispositivos no novo código. Isto está posto no Supremo Tribunal Federal e, se o assunto é o princípio da proibição de retrocesso, há a necessidade de se equalizar a fala em torno do entendimento deste princípio. O princípio da proibição do retrocesso ecológico surge na Europa continental, na jurisprudência da Europa continental inicialmente aplicado a problemas envolvendo direitos sociais. A ideia central do princípio da proibição de retrocesso ecológico é que, a partir do momento em que haja legislação concretizando determinado direito fundamental, seria inconstitucional a atividade do legislador que revogasse essa legislação concretizadora de direitos fundamentais, por isso a ideia de proibição de retrocesso; uma vez havendo legislação, seria um retrocesso inconstitucional a pura e simples revogação desta norma concretizadora de direitos fundamentais, para utilizar a fala de alguém que certamente entende muito mais do que eu e nos brindou com uma belíssima palestra, o ministro Luís Roberto Barroso: " *o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam e ampliem direitos fundamentais sem, que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente*". Assim, a invalidade por inconstitucionalidade ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito que deixa um vazio em seu lugar, então esta é a ideia do princípio da proibição de retrocesso

O que se coloca em questão não é a existência ou não deste princípio e sua eventual compatibilidade com a ideia de separação de poderes, mas sim a forma como, ao que parece, a doutrina majoritária tem tentado aplicar este princípio em matéria ambiental com foco lá nas discussões do supremo no que diz respeito à constitucionalidade do código floresta. Especificamente, o princípio da proibição de retrocesso talvez tenha sido internalizado no direito ambiental brasileiro de uma

maneira excessivamente simplificada, proibição de retrocesso aplicado ao meio ambiente ou proibição de retrocesso ecológico tem sido discutido no país, basicamente, a partir de uma perspectiva que eu chamo de matemática, se eu tinha uma norma que determinava um certo padrão de proteção ambiental, por exemplo, um distanciamento de metragem que eu devo respeitar na beira de um rio e se há uma nova norma que reduz essa metragem, por si só seria inconstitucional, por violação ao princípio da proibição, de retrocesso ecológico; diga-se de passagem, é uma aplicação matemática, um critério aritmético que definiria o que é retrocessão ou o que é aplicar ou não o princípio da proibição de retrocesso.

Cabe refletir se esta análise estritamente matemática é suficiente para se aplicar adequadamente o princípio da proibição de retrocesso ecológico no contexto de colidência de direitos fundamentais. Apresento aqui algumas provocações a este respeito, a primeira delas é que seria excessivamente simplificada a aplicação matemática da proibição de retrocesso porque isso significaria, antes de mais nada, promover uma aplicação do princípio para algum dispositivo isolado, que é o caso do código florestal; há oitenta e tantos artigos, pega-se o artigo tal específico, alíneas b ou c; artigo 61, a, por exemplo, faz-se uma avaliação de inconstitucionalidade ou não sob a ótica da proibição do retrocesso do dispositivo isolado, esquecendo a lei como um todo; se a legislação for considerada como um todo, talvez outros dispositivos contidos no código florestal possam justificar algumas reduções aritméticas pontuais que algum dispositivo isolado do código tenha feito; por exemplo, o código permite que pequenos produtores rurais tenham normas menos restritivas, as ADIs propõem que isso é inconstitucional por violação ao princípio do retrocesso, mas será que eu posso analisar esse dispositivo isoladamente esquecendo o contexto do código como um todo? Não seria uma interpretação excessivamente simplista?

A segunda provocação é o princípio da proibição de retrocesso, nesta vertente aritmética ele faz uma análise estritamente formal, o que dizia a lei textualmente antes; como esta questão será abordada pelo Luís Carlos; sugiro discutir o princípio do retrocesso também no plano da eficácia, a gente tem condições de implantar determinada norma ambiental e quanto custa, qual é o custo de implementação desse direito. Para se ter uma ideia, o cumprimento de apenas um item da legislação anterior representaria a necessidade de desembolso de valores que significavam duas vezes o PIB agropecuário nacional, houve uma flexibilização na nova norma, mas será que convém fazer análise de retrocesso apenas comparando os textos legais sem levar em consideração que aquilo que estava na norma anterior era uma obrigação absolutamente infactível, impraticável, em razão do próprio custo do direito? Esta é uma segunda provocação.

Uma terceira provocação é não desconsiderar que há sempre uma multiplicidade de direitos fundamentais envolvida em qualquer legislação, não existe legislação de direito ambiental, ponto. A legislação de direito ambiental também é uma legislação de direito social, também é uma legislação econômica, e daí vem a pergunta, um retrocesso ambiental pode representar um avanço social, um retrocesso econômico pode representar um avanço ambiental, ou seja, o princípio deve ser visto desta forma mais ampliada.

A penúltima provocação diz respeito a algo que o ministro Barroso falou muito bem ontem, a inexistência de uma única resposta correta, dizer que a norma é inconstitucional pela aplicação do princípio do retrocesso ecológico ou dizer que a norma é constitucional afastando o princípio da proibição de retrocesso, nada mais é do que uma escolha argumentativamente justificada; não há critérios jurídicos objetivos para chegar a uma única resposta correta diante deste problema, e aqui complemento a resposta dada pelo ministro Barroso - talvez ele não concorde comigo, porque a tendência de cada um é buscar critérios de justificação fora do direito, ou na filosofia moral, ou na religião, ou em valores éticos - e na discussão do código florestal o argumento costuma ser buscado naquilo que se chama de ciência, destaco isso porque a gente fica nessa discussão de que como o direito não produz mais verdade, a gente vai buscar a verdade na ciência, e está errando, só que em outro lugar, mesmo a ciência apresenta suas controvérsias. Fato é que assim que o código foi publicado, até o órgão oficial do governo soltou um documento dizendo que as mudanças na legislação ambiental inviabilizam as metas de emissão de gases nos acordos firmados com o clima, dois anos depois, o Brasil às vésperas de ir para Paris na convenção do clima o INP, divulga um documento dizendo que, na Amazônia, o desmatamento zero, em 2030, não só é possível como é a consequência natural do cumprimento do código florestal e, portanto, as metas serão atingidas. Essa é uma outra provocação para evitar a simplificação do princípio da proibição, é óbvia a necessidade da base científica, da discussão sobre o aspecto da moral e da ética, só que não se pode esperar que esses valores extrajurídicos forneçam uma única resposta correta, no final das contas há uma decisão política, uma decisão de sociedade a ser tomada.

A última provocação é de que não se pode desconsiderar a posição dos grupos de interesse envolvidos em temas de colisão de meio ambiente com outros direitos sociais e econômicos; no caso do código florestal, especificamente, há grupos de interesse muito bem organizados e por grupo de interesse não existe nenhuma intenção de demérito, grupos da sociedade que representam interesses e convicções legítimas que têm a capacidade de se organizar e levar, por exemplo, para o Supremo Tribunal Federal de maneira muito forte e sólida, a discussão da inconstitucionalidade do código sob

a ótica da proibição de retrocesso. Do outro lado, existe um contingente minoritário, falo aqui dos produtores rurais, minoritário tanto sob o aspecto quantitativo, um pouco menos de 15% da população brasileira vive na área rural, e do ponto de vista qualitativo, não há vínculo da área urbana com a propriedade rural; muitas pessoas não mais se reconhecem no campo; aqueles que vivem no campo pertencem a uma outra forma de organização social que não é a nossa, desconsiderar isso em avaliações de constitucionalidade, a partir do princípio da proibição de retrocesso, significa, talvez, reforçar uma lógica que é perniciosa, a lógica de que uma maioria constrói argumentativamente uma posição que vai ser albergada para impor direito aos outros quando, na realidade, o que deveria ser discutindo seria como compartilhar os deveres entre todos nós; aliás, é isso que diz textualmente o artigo 225 da Constituição Federal de 88 quando diz que proteger e preservar o meio ambiente é um dever da coletividade e não do indivíduo; e continua a se produzir direito ambiental a partir, exclusivamente, da perspectiva da função social da propriedade que é um dever individual, e os deveres coletivos cujas ferramentas estão previstas no novo código não são discutidos como, por exemplo, a ideia de pagamentos por serviços ambientais.

A ideia desta abordagem, senhoras e senhores, foi deixar aqui não convicções, mas sim a provocação e a reflexão sobre temas tão importantes quanto essa colidência entre valores sociais, econômicos e ambientais na jurisprudência do supremo. Mostrar que, quando passam pela discussão da proibição do retrocesso, não podem ser analisadas numa perspectiva simplista e restritiva, o critério matemático não é suficiente. É inegável a necessidade da não interpretação isolada de um determinado dispositivo, mas há que se considerar o custo dos direitos e as capacidades completas, a multiplicidade de direitos fundamentais; reconhecer que não existem respostas únicas corretas, reconhecer que os elementos extrajurídicos não fornecem verdades e não são neutros e reconhecer a desigualdade de capacidade de organização dos grupos envolvidos. Quando vencidos todos esses parâmetros, ainda assim, se chegar à conclusão de que o princípio da proibição de retrocesso tem cabimento, se algum desses pressupostos não estiverem preenchidos talvez a gente deva discutir se o que o legislador fez em relação ao código florestal, efetivamente, um retrocesso nesse cenário mais complexo do que a aplicação matemática.

TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL

Cleucio Santos Nunes*

*Doutorando em Direito; Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos; Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP; Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos; Membro do Grupo de Pesquisa "Estado, Constituição e Direito Tributário pela Universidade de Brasília (UNB); Assessor Especial da Presidência dos Correios; Vice-Presidente Jurídico dos Correios; Membro da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB; Professor do Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e do Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB).

Quero, primeiramente, agradecer o convite feito pelo IDP para participar deste XVIII Congresso de Direito Constitucional. Cumprimento a todos os presentes, e a mesa desta sessão pela pessoa que preside, a Karin Kassmayer, ao Leonardo Papp pela sua exposição e por quem me precedeu Luís Carlos de Moraes. Saúdo os senhores e as senhores que me ouvem e assistem neste momento.

O tema que vou abordar tem muito a ver com direitos sociais, mas o objetivo principal é fazer uma interseção entre direitos sociais e tributação. Como tema específico, escolhi chamar de Tributação como instrumento de justiça social. Decidi abordá-lo em dois pontos que me parecem ser fundamentais. O primeiro, se é possível identificar no nosso sistema de tributação, que inicia pela Constituição Federal, algum sentido de justiça dentro do próprio sistema de tributação.

A primeira pergunta que se pode fazer é se todo o nosso arranjo institucional tributário se presta a cumprir uma finalidade de justiça dentro dele mesmo. A segunda realciona-se também com um princípio de tributação que foi sendo construído ao longo do tempo, especialmente, do século XX, é o princípio da extra fiscalidade e sua interseção com a ideia de estado democrático de direito. A pergunta que pretendo fazer é se o sistema de tributação consegue alcançar uma finalidade de justiça de modo que os direitos sociais possam ser implementados, efetivamente, por este sistema de tributação. Parece-me que são duas perguntas fundamentais que temos de fazer no momento.

Nesta nossa nova escola de direto tributário que podemos construir, queria desenvolver estes dois assuntos. No entanto vamos direto aos dados que são importantes a respeito da discussão. A carga tributária bruta do Brasil, em 2013, pegando o último ano na sequência, ficou de 35,95% em relação ao PIB brasileiro. Este dado é importante porque temos um argumento que se popularizou de que no Brasil temos uma carga tributária muito elevada, é claro que estamos falando aqui em termos relativos, e é uma questão de convencimento.

Nossa carga tributária é elevada na medida em que a devolução desta se dá por meio de atuações estatais não satisfatórias para aquilo que nós almejamos ou pretendemos. Se fizermos uma comparação com outros países, há alguns que têm uma carga tributária muito superior do que esta que nós temos em relação ao PIB, mas também devolvem em um nível de serviço que invejamos, tem uma certa relatividade nisto.

O que quero deixar, pelo menos, consensuado, no momento, é que a carga tributária brasileira não é uma carga tributária muito elevada. Se nós retrocedermos no tempo, por exemplo, nos anos sessenta a carga tributária brasileira era de 21% em relação ao PIB, na Constituição de 1988, era 25%, agora estamos em 35% em relação ao PIB. Entretanto, o nível de serviços que a Constituição de 1988 se comprome-

teu a entregar a população era um nível de serviços muito superior, muito maior. Outra estatística que diz muito a respeito da carga tributária é que o PIB brasileiro em 2014 ficou em 5.52 trilhões.

A arrecadação tributária bruta, ATB, brasileira vem diminuindo, em 2013 foi de 1.7 bilhões, em 2014, de 1.1 bilhões. Neste semestre de 2015, está em 712 bilhões, tem-se uma situação fiscal hoje que é delicada porque a arrecadação tributária está diminuindo.

A intenção é dar um panorama geral da iniquidade do sistema tributário brasileiro, parece-me que o nosso sistema de arrecadação é inócuo, especialmente, com aqueles que têm menor renda. É necessário que façamos um esforço de argumentação para compreendermos que esta iniquidade não pode persistir, sob pena de acirrar mais ainda as desigualdades sociais verificadas no país.

Em seu debate, o Doutor Luís Carlos mostrou um mapa que percebíamos a concentração de um melhor nível de IDH no Sudeste. Isto tem explicações de natureza histórica, o desenvolvimento econômico brasileiro se concentrou muito mais na região sudeste, do que nas regiões Norte e Nordeste. Falando, é claro, do desenvolvimento da indústria brasileira, e isto explica a concentração melhor de IDH nesta região.

O dado desta região é estarrecedor, as pessoas que ganham até dois salários mínimos comprometem 48,8% de sua renda com pagamento de tributos, e aqueles que ganham acima de trinta salários mínimos comprometem apenas 26,3% de sua renda. A explicação para isto é que o nosso modelo de arrecadação tributária não é um modelo que priorize os tributos que são considerados tributos diretos, o nosso modelo prioriza os tributos indiretos.

Neste contexto, vale a pena termos em mente dois conceitos que são fundamentais, que são tributos diretos e o que são tributos indiretos. Os tributos diretos são aqueles que o contribuinte tem a obrigação de pagar, ele suporta o ônus tributário sozinho, não tem como transferir o ônus da tributação para terceiros, exemplos típicos são os tributos que incidem sobre a propriedade, quem é proprietário de um imóvel obrigado a pagar o IPTU, se o imóvel estiver na zona urbana, ou pagar o ITR se o imóvel estiver na zona rural, este é um contribuinte de um tributo direto e a pessoa tem a obrigação de pagá-lo, porque praticou o fator gerador da obrigação tributária.

Os tributos indiretos, por sua vez, são que se caracterizam pela possibilidade da transferência do ônus tributário, são os tributos sobre o consumo. O contribuinte que é comerciante, aquele que vende os produtos ou aquele que industrializa, quando vende os produtos ou vendem os seus produtos industrializados repassa o ônus da tributação para os adquirentes, por isto é tributação indireta.

O modelo de tributação no Brasil é um modelo que leva em consideração, especialmente, a tributação sobre o consumo. Isto explica porque boa parte

das pessoas com menos de dois salários mínimos de renda comprometem 48,8% da sua renda com tributação.

Nos últimos no Brasil, isto é um dado que deve se constatar, independentemente de qualquer convencimento, que a renda média do brasileiro aumentou e o aumento médio de renda reflete no índice dos tributos diretos. As pessoas mais pobres estão comprometendo mais sua renda com tributos por mais espantoso que isto possa parecer.

O outro dado que é importante considerar é este, em 2008, dos 34.9% da carga tributária bruta, somente 10.4% retornaram a sociedade em investimentos nas áreas de saúde, educação, segurança pública, habitação e saneamento. Eu que estas duas informações se entrelaçam.

Observem que, se as pessoas que têm menos renda comprometem quase 50% da sua renda com pagamento de tributos, o que explica esta diferença entre os mais pobres e os mais ricos com relação a pressão fiscal que recebem, tem muito a ver também com seu esforço individual.

Além do seu esforço individual, tem a ver com o modelo de legislação que nós temos em que a tributação sobre a renda permiti um nível de deduções que faz com que esta diferenciação aumente cada vez mais.

As pessoas que têm menos renda comprometem muito sua renda com tributação, porque quando bens há muito tributo embutido, os tributos indiretos. Por outro lado, estas pessoas nem sempre têm a possibilidade de fazerem determinadas deduções no seu imposto de renda.

Se tratarmos aqui, que estamos considerando pessoas que já são tributadas pelo imposto de renda, isto quer dizer que, quem tem mais despesa para deduzir acaba pagando menos imposto de renda do que aquele que tem menos despesa para deduzir.

Estamos falando de um modelo de tributação que a carga fiscal é muito maior sobre a tributação indireta e ela gera certas injustiças que é o aumento da disparidade entre ricos e pobres.

Há um consenso moral em toda a população brasileira, de que nós não defendemos a desigualdade material. Nós estamos em uma sociedade em que todos nós trabalhamos de uma maneira solidária para que todos possam ter as mesmas oportunidades, para que não sejamos surpreendidos com o fato de que alguém em razão da loteria da vida tenha que ser condenado a uma vida miserável. E que isto ocorreu, porque nós não nos esforçamos, ao menos do ponto de vista da argumentação, para melhorar o nosso sistema tributário e torna-lo justo.

Estes dados se entrelaçam porque aqueles que têm condições de comprar determinados serviços sociais, como é o caso de educação, saúde, previdência privada, entre outros, pode descontar estas despesas do seu imposto de renda. E aqueles que não têm como descontar estas despesas são, exatamente, aqueles que se valem dos serviços públicos oferecidos pelo estado, com todas precariedades conhecidas por nós.

Vamos falar de um dado da renda do país em relação aos municípios. Nos 20% dos municípios mais pobres, vivem 27% dos brasileiros com orçamento per capita de até um mil e trinta e dois reais, nos 20% dos municípios mais ricos vivem 17% dos brasileiros com orçamento superior a dois mil reais. Sabemos que há uma concentração de pessoas com mais renda nos municípios mais ricos e, portanto, são mais favorecidos, não só com infraestrutura, como também com serviços públicos.

Um dado que revela um pouco da iniquidade do nosso sistema tributário é da opacidade ou obscuridade da carga tributária para a população. Ninguém sabe os tributos que pagam. Apenas um grupo seleto sabe quais são os tributos que incidem sobre os produtos e serviços que adquirem, mas uma boa parte da população não tem este conhecimento e pagam tributos, especialmente, sobre o consumo de bens, sem saber que tributos são estes.

Há algumas outras estatísticas que me parecem ser importantes, em 2013, o Brasil arrecadou tributo sobre o consumo 61,06% sobre o total da arrecadação, estamos falando que mais de 50% da arrecadação de tributos do Brasil vem de tributos sobre o consumo. E quero lembrar a todos que quando consomem bens não se distinguem ricos de pobres, a tributação é a mesma, aliás, poderia distinguir, só que desde a reforma tributária de 1965, a Emenda 18 não permite esta distinção. Ela não teve esta preocupação, poderia distinguir pela seletividade se o ICMS e o IPI fossem tributos seletivos, nós poderíamos distinguir a tributação de acordo com o tipo de bem que se adquiri.

Costumo dar o exemplo da cerveja e do vinho, não é bom exemplo, mas ele pode ilustrar bem. A cerveja é uma bebida alcoólica mais popular, tirando as artesanais, se toma nos campos de futebol, nos bares, e o vinho é uma bebida mais sofisticada, dificilmente, você vai ver alguém em um campo de futebol tomando uma taça de vinho, normalmente, toma uma cerveja, no entanto, a tributação de IPI entre cerveja e vinho, o vinho é menos tributado do que a cerveja. Isto significa que, talvez, pudéssemos encontrar um sentido para a tributação através da seletividade se ela fosse efetiva.

Quando se compara a tributação sobre a propriedade, o conceito de tributação direta vale a pena, em 2013, somente 3,93%, menos de 4% da arrecadação tributária bruta veio de tributação sobre a propriedade, propriedade incluída aqui, não é só a imobiliária, mas também como veículos e herança. Na justiça tributária não há nada mais espinhoso do que falar em tributação sobre herança. Outro dado é tributo sobre renda, do total da arrecadação somente 17,16% da arrecadação tributária bruta veio da tributação sobre renda.

Portanto, temos de arrecadação tributária, 60% de arrecadação vem do consumo, menos de 4% vem da tributação sobre a propriedade e só 17,16% vem da tributação sobre a renda.

Quando fazemos comparações internacionais, e eu me refiro aos países da

OCDE, temos que fazer todas reservas possíveis, pois, estamos comparando a um país com muitas desigualdades. A carga tributária do Brasil em comparação com países da OCDE está dentro da média, ele tem uma carga tributária total de 35,9%, está numa mediatriz, numa relação mediana em relação aos países da OCDE. Na América Latina, o Brasil também tributa dentro da média com estes países. No entanto, quando fazemos as comparações dos tipos de tributos, só tributos sobre renda, lucro e ganho de capital, o Brasil tributa 6,4% enquanto a média da OCDE é 12,2%, quer dizer, o Brasil tributa em torno da metade do que se tributa na OCDE com relação a renda. Em propriedade, 1.4 para 1.9 que é a média da OCDE, na propriedade chega perto, mas a renda é o nosso principal problema.

Com relação à carga tributária de bens e serviços do consumo, o Brasil tributa 18,8% do seu PIB geral com tributação sobre consumo enquanto a média da OCDE é 11,6%. Podemos dizer, que o Brasil é um país que a sua vocação de tributar para o consumo e quanto mais se tributa o consumo, mais vai gerando o efeito em que pessoas que possuem menos renda comprometem mais a sua renda com a pressão, com pagamentos de tributos. Concluímos que nós temos um modelo de tributação que na linguagem do direito tributário e também na linguagem da economia é um modelo de tributação, sistema tributário que se considera regressivo. Regressivo porque ele é um sistema tributário que está mais voltado para tributação indireta, e isto gera alguns efeitos injustos do ponto de vista social e econômico. Ele é injusto intrinsicamente, isto precisa ser corrigido.

Outro ponto é com relação ao cumprimento dos objetivos sociais e o Artigo 3° da Constituição que nós todos conhecemos, ele tem uma previsão que indica que uns dos esforços da sociedade brasileira deve ser combater as desigualdades sociais e regionais. Vou ficar, apenas, com o combate às desigualdades sociais, pois, o nosso sistema de arrecadação é um instrumento eficientíssimo para que se consiga alcançar este desiderato por meio das contribuições. Só que as contribuições têm que ser criadas e a sua receita tem que ser aplicada nas despesas que justificam a criação das contribuições. Não fará sentido que a receita das contribuições seja aplicada para outros objetivos.

Quero deixar semeada uma nova discussão a respeito de tributação, que é buscar algum sentido de justiça por meio do sistema de arrecadação; se não for para isto, que seja para que nós possamos pensar em buscar este sentido de justiça no nosso sistema de arrecadação. Fica uma pergunta para todos nós, para que nós servimos? Muito obrigado.

7

CRISE DE GOVERNANÇA NO PACTO FEDERATIVO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Cumprimento as senhoras, aos senhores e a todos que participam desse Congresso Internacional De Direito Constitucional. Estendo meus cumprimentos, inicialmente, ao professor Everardo Maciel, eminente secretário atuante em nossa receita durante anos e uma das maiores, senão a maior autoridade tributária de nosso país; aos professores que nos visitam, Vasco Guimarães, da Universidade de Lisboa, e Markus Kotzur, da Universidade de Hamburgo, Alemanha. Cumprimento a todos os participantes do evento. Em primeiro lugar, agradeço ao IDP e aos organizadores do congresso pelo convite que me foi formulado. Adianto à organização do evento, ao presidente professor Everardo Maciel que, em razão da agenda de votação no senado, falarei e sairei. Quando fui eleito, ouvi dizer que, ao contrário do executivo, o trabalho no congresso era menos volumoso, mas fico feliz porque gosto de ter uma atividade muito intensa.

O tema oferecido a esse painel é muito importante e, lamentavelmente, de pouca percepção para as pessoas em sua rotina e no seu dia a dia, que é a questão da federação versus a governabilidade e as condições da eficiência da boa gestão pública. No cotidiano, as pessoas não percebem que um processo absurdo de concentração que existe no Brasil acaba levando a prejuízos no exercício das políticas públicas, quer seja de saúde, de educação, de segurança pública, de infraestrutura, no que se refere exatamente a esta concentração; e não me refiro tão somente a recursos financeiros, mas mesmo a atribuições e a competências que, no caso brasileiro, mercê de uma evolução constitucional histórica e política superior a 500 anos, levou a essa concentração exagerada na esfera federal de poderes, e o resultado disso, falo aqui inclusive na qualidade, como disse o professor Everardo Dias, ex-governador de Minas Gerais, estado que tem o maior número de municípios no Brasil, 853 municípios, de perceber de maneira muita clara que a solução dos problemas das políticas públicas, se levados cada vez mais distantes de aonde ocorrem.

Esta solução fica cara e lenta, então, quanto mais descentralizar, mais próximo do problema estiver a solução, com os meios financeiros, administrativos, os instrumentos formais para tanto, é óbvio que essa solução será mais célere, mais barata e atenderá muito mais ao interesse coletivo na medida em que prestigia a federação, mas mais do que isso robustece a própria cidadania, já que o problema é solucionado na sua circunstância e na peculiaridade local, ou regional. Mas dando um passo atrás, surge a dúvida sobre o motivo de a federação brasileira chegar a esse ponto; e aqui ousaria, iminentes professores, que colocaram um ponto de vista muito pessoal, que a palavra chave no momento no Brasil também afeta a federação, e a palavra é confiança.

Hoje nós não temos confiança no Brasil, no ambiente político, num ambiente econômico, nos aspectos de legitimidade no exercício das funções públicas; não temos confiança, muitas vezes,

até nas relações privadas; e a federação não poderia passar incólume sem máculas por essa crise grave de desconfiança que, graça do Oiapoque ao Chuí, de leste ao leste; essa crise de confiança, pasmem as senhoras e os senhores, leva a União a desconfiar dos estados, os estados a desconfiarem entre si, o estado desconfiar do município, e o seu município desconfiarem do seu município vizinho, leva à guerra fiscal - como comentava a pouco com o professor Everardo Maciel a respeito dos maiores dramas da nossa política pública, tributária, econômica, e de política pública em geral que é a malsinada, e famigerada guerra fiscal, uma guerra fraticida entre os estados federados, realizada sem o amparo legal, e por isso é guerra, como ele dizia, mas baseada em pressupostos necessários para investimentos nos estados, especialmente os menos desenvolvidos, mas em razão de desconfiança que ,aliás, gerou uma decisão do Supremo Tribunal Federal, pedem execução, mas está com uma Espada de Dâmocles sobre a cabeça dos investidores que poderá levar à ruina de muitos investimentos, tendo em vista que incentivos foram concedidos e dados sem o devido amparo legal, como decidiu o supremo, em razão de desconfiança; mais ainda, hoje, se nós falarmos em fundos constitucionais para recomposição de tributos, a desconfiança é absoluta, os governadores se arrepiam da ponta dos pés ao último cabelo da cabeça, os que não têm cabelo lamentavelmente ficam sem esse arrepio, mas o resto do corpo todo se assusta, por que motivo? Porque nós temos fundos como da antiga Lei Kandir, o fundo de exportação por exemplo, cujos repasses, meu caro professor Everardo, não são feitos, nós temos compromissos assumidos pelo governo federal em relação aos estados

Não estou a falar aqui de governo A, B ou D a qualquer partido, é uma discrição formal da realidade brasileira em relação a todos, que não são cumpridos, não são implementados; por outro lado, os estados olham os municípios e também resolvem conceder benefícios de ICMS, esquecidos que 25% dessa cota do ICMS é a cota para o município; isto, muitas vezes, lesa os municípios, sem ouvi-los; e ao escutá-los nesses benefícios concedidos, desconfiam, igualmente, da participação municipal.

Eu poderia citar aqui uma miríade de exemplos, casos concretos para demostrar que falta à federação brasileira, a palavra fundamental ao lado da confiança, que é a solidariedade; uma federação para ser verdadeira, para ser robusta, para ser forte, para ter um amálgama cimentando, as relações intra e inter governamentais pressupõem a solidariedade federativa, que hoje, lamentavelmente não existem; e não existem por culpa de agora, é um processo que vem de muitos anos, que vem da própria origem da nossa federação, uma origem que foi realizada de cima para baixo, ao contrário da federação norte americana que surge de baixo para cima. Mas muito mais do que estas desconfianças que levaram a uma cerimônia pública, o então

presidente Getúlio Vargas queimar as bandeiras dos estados no Estádio de São Januário para demostrar o fim da federação e a prevalência do governo central, todos aqui, professor Vasco esperando como se esperassem Dom Sebastião voltando em seu cavalo branco Alcácer-Quibir para governar de modo único, o país de maneira unida, porque desde que fomos colônia de Portugal nos acostumamos a um processo centralizado de governo, isso está, talvez, no nosso código genético.

Acontece, porém, que o Brasil não é Portugal, país importante, desenvolvido, nosso irmão, mas um país geograficamente pequeno, é um país com a população pequena, nós somos um país, felizmente, vasto, com muitas diferenças, com a população imensa e que, evidentemente, não temos como escapar do modelo federativo sob pena de que, quando abre um buraco numa estrada federal do Piauí, depender de uma autorização do Governo Federal suprindo ali aquele incidente, então é evidente que não funciona, isso salta aos olhos, é algo tão óbvio, tão expressivo que nos espanta muito que isso ocorra. O pior vou dizer agora, fui eleito senador nas últimas eleições, assumi o mandato em fevereiro, o senado é conhecido como a casa da federação, aquela que tem no equilíbrio federativo três representantes por cada estado, mais do Distrito Federal, de tal modo que que mantenha o equilíbrio naquela visão clássica norte americana do federalismo da população representada na câmara, os estados na câmara alta do senado, com um objetivo precípuo de defender os estados e manter a unidade federativa.

Chegou-se ao ponto, senhoras e senhores, de se aprovar uma PEC recentíssima determinando que que fica vedada ao congresso nacional criar despesas e encargos para estados e municípios sem a respectiva previsão de receita; é engraçado, e acredito que o professor Everardo também sentiu vontade de rir porque, na realidade, no momento em que o Congresso Nacional, o próprio Governo Federal e o congresso parlamentar começam a criar obrigações, benefícios aos servidores estaduais e municipais, fazer vinculações orçamentárias, engessar o orçamento, criar novas obrigações, ônus para estados e municípios, evidentemente, sem identificar nenhum tipo de nova receita, ele está atentando contra a federação, que é uma cláusula pétrea da nossa Constituição que nós estamos retirando o oxigênio, o alimento, o sustentáculo, o pilar do funcionamento da federação que é o seu recurso financeiro.

Mas chegou-se ao ponto da obrigatoriedade da PEC, o pior não é isso, o pior é o que fez a PEC aprovada e votada por unanimidade com aplauso de plenário, não há uma só reunião da CCJ que eu faço parte que não aparecem lá dois, três projetos que vem na mesma toada, porque isso está no nosso espírito, nós não temos, lamentavelmente, no Brasil um forte espírito federativo, nós estamos, como eu falava a pouco com o professor Vasco, de certa maneira, respeito a Portugal, mas lembrando a nossa herança lusitana nós temos um

amor que lembra uma corte, que é um governo centralizado, um governo unitário, unívoco, o que não pode funcionar no quadro brasileiro. Fica evidente que o modelo de governança do Brasil sofre hoje em razão da tibieza, da fragilidade da abolia da nossa federação, um quadro marcante de deficiência na sua gestão e, evidentemente, da execução das boas políticas públicas no Brasil; esse é um diagnóstico que não é meu, é generalizado, as pessoas percebem isso no dia a dia dos conflitos federativos que não acontecem no modelo alemão, está aqui o professor Markus que conhece mil vezes.

Mas na Alemanha, nós temos um modelo federativo muito ousado, inovador; temos também conflitos, é claro, entre o Governo Central e os estados, o modelo mais avançado de federalismo, mas que pressupõe responsabilidades e papéis claros; aqui no Brasil é o inverso, tem-se superposição, exemplo, o famoso "Mosquito da Dengue", houve uma época que foi uma piada, mosquito da dengue é estadual ou municipal ou federal? Quem vai tomar as medidas contra aquele mosquito, o mosquito sai de uma cidade e cruza a linha para a outra, pronto, a área de saúde é interessante observar isso, que nós temos no Brasil, pelo menos ao meu juízo, um dos sistemas melhor concebidos do mundo de saúde pública que é o SUS, muito bem concebido e até muito ousado, e que claro, com as eficiências, com as dificuldades que temos é um modelo que avançou muito da realidade de algumas décadas atrás em termos de atendimento e de assistência, especialmente, a sua universalidade, abraçar e albergar tantos sobre o seu palio protetivo, mas nós temos dificuldade para sua implementação e na sua execução, na indefinição de papéis, o que cabe à união é só o financiamento, o regramento geral do sistema.

Os estados são a parte do marco regulatório, e os municípios, a execução, mas na prática isso não ocorre, nós tivemos hospitais federais, hospitais estaduais, municipais, UPA, então há uma superposição exatamente em razão da fraqueza da definição do quer é o sistema único em termos federativos, posso ir além, meio ambiente, uns conflitos em matéria de licenciamento ambiental são permanentes, porque até onde a competência da União, até onde a competência do estado, e agravados ainda por uma nova figura que é uma figura da realidade, mas que não tem ainda um contorno jurídico muito claro, e que o Constituinte de 88 foi covarde ao não regulamentá-la, que é a figura da região metropolitana, que é um dado verdadeiro a região metropolitana é acolhida pelo mundo inteiro, os países mais desenvolvidos, como a realidade normativa, e no Brasil o Constituinte de 88 fez como avestruz e enfiou a cabeça e jogou a região metropolitana para competência dos estados federados, cada qual legislando como queira, ora, transporte metropolitano, abastecimento de água, hoje um tema fundamental no país, tudo isso refere-se fundamentalmente com a região metropolitana onde está hoje a maioria da população brasileira,

aliás, é um tema que teremos que enfrentar com brevidade.

Da mesma forma, além da questão de saúde e da questão ambiental posso citar a questão de segurança pública, se for feita uma pesquisa, uma enquete, o primeiro problema sempre é saúde, a segunda é segurança, é em tese responsabilidade dos estados; ora, mas os estados sozinhos não resolvem, porque a maioria da criminalidade é interestadual, e pasmem, senhoras e senhores, os arquivos das polícias civil e militar dos estados não se comunicam dentro do estado, e muito menos entre um estado e outro e nem se comunicam com o da Polícia Federal - comentei isto a pouco com o professor Everardo; o bandido, o mal feitor tem todas as facilidades do mundo, exatamente, por uma lacuna federativa. Veja bem, este é um problema grave que atinge o dia a dia das pessoas e as pessoas nem sabem que existe, acham que é um tema genérico, acadêmico, doutrinário que está quase olimpicamente distante da nossa rotina, mas não é verdade, ele afeta, e afeta muito.

A propósito de conclusão desta intervenção provocativa e tumultuada, professora, deixo clara a certeza de que o avanço só pode se dar por meio de um processo de descentralização, mas de descentralização responsável, porque hoje, inclusive, estados e municípios nem têm a estrutura necessária para receberem encargos; não falo aqui dos estados norte-americanos, das regiões canadenses, ou das regiões e dos estados alemães, não é da Baviera que estou a falar, falo de estados que lutam com dificuldades, e volto a dizer, meu estado é o segundo estado da federação, Minas Gerais, que tem muitas deficiências ainda.

Certamente, esse processo tem que ser um processo, primeiro de uma concepção formal de descentralização por meio de papéis e de competências legislativas que podem reforçar o funcionamento desses estados; também não é fácil, comentava com o professor Everardo, relator no senado da PEC 47, de inciativa dos presidentes das assembleias legislativas. A primeira PEC apresentada com essa iniciativa, que foi numa faculdade concedida na Constituição de 88, as assembleias estaduais é de 2012 e ficou parada; em 2015, fui designado relator; exatamente com o propósito de entregar aos estados um pouco mais de competência legislativa, que as assembleias hoje têm uma competência muito pobre, muito simples em matéria legislativa, deve-se atribuir um pouco mais diminuindo a competência privativa da União e passando parte dela para competência que seja concorrente, cabendo à União as normas gerais, e aos estados evidentemente, suplementá-las em razão das suas circunstâncias e das suas peculiaridades, muito ainda em conformismo, resistência e dúvida sobre algo que me parece muito singelo.

Mas é um primeiro passo para se chegar às soluções locais, e é claro que isso passa pela especialidade do professor Everardo, que é uma reforma tributária verdadeira, para coibir e sepultar mecanismos e expedientes como a guerra fiscal, mas por outro lado, para presti-

giar iniciativas que deem a estados e municípios condições mínimas de funcionamento de tal modo que eles tenham dignidade e condições de exercer e implementar as suas políticas públicas, e não ficar de pires na mão da União não acredito; senhores eminentes professores podem, eventualmente, fazer as suas considerações em contrário, mas eu não conheço país do mundo em que o Presidente da República vai a um município entregar um trator, eu acho que isso é uma competência local.

Mas no Brasil, o Presidente da República vai ao município pequeno entregar o trator, trator federal que é entregue ao município, como ele é entregue em doação, muitas vezes até em comodato é pesadelo que aquele trator passa a viver, porque ele tem que ter sobre ele o patrimônio, o controle, o convênio é prestado, e por aí vai, quer dizer, quando custa isso? É um preço incomensurável. Então, ou seja, tudo nosso é feito para concentrar, então se nós invertermos essa lógica em um processo de descentralização e de responsabilização de estados e municípios, eu acho que nós teremos condições de avançarmos no Brasil permitindo que as políticas públicas ocorram de maneira mais séria, mais eficiente e mais simples.

Insisto na questão da confiança, palavra colocada inicialmente e fundamental para todo o processo de credibilidade para o fim da crise econômica, tem-se de ter confiança de que cada um cumprirá o seu papel. Outro dia, apresentaram uma proposta para que o senado legislasse regras gerais para a denominação de logradouros municipais, eu me insurgi contra, porque se nós acreditarmos que os vereadores não têm legitimidade de competência para dispor sobre os nomes dos logradouros municipais, e a União tem que tratar normas gerais disso, de fato, deve-se abandonar completamente a ideia da federação abdicar dessa pretensão; fazer uma reforma constitucional tem de ser por ruptura, uma nova Constituinte, e transformar num estado unitário que não há nenhum demérito, mas é uma decisão.

Incutir dentro da nossa cultura a descentralização, a responsabilização e a confiança é um trabalho árduo, e é um trabalho que depende muito da opinião pública de pessoas especializadas, como eu estou falando aqui, que vão perceber como que a federação mais forte no dia a dia, certamente, trará melhores resultados para as políticas públicas tão importantes quanto à saúde, à educação, à infraestrutura e à segurança entre outras tantas. Confiança e simplicidade, este é o binômio, se o meu conterrâneo Juscelino Kubitschek fez uma revolução, e esta capital com binômio de energia e transporte na década de 50 e 60, do século passado, acredito que agora é hora de se levantar uma bandeira, que é uma bandeira singela, o binômio deve se limitar a se ter no Brasil confiança e simplicidade, e a federação robusta é uma saída desse caminho.

Excelentíssimos senhoras e senhores, agradeço pela gentil apresentação e pelo gentil convite para vir ao Brasil e pela possibilidade de estar hoje a discutir problemas de governança no sistema federativo em comparação. A minha tese introdutória é muito simples, o sistema federativo é tão forte e tão fraco quanto as instituições que os sustentam, e instituições demandam avaliação crítica permanente e requerem conceitos e reformas para poderem funcionar a contento no cumprimento das suas funções, então o ponto muito importante se agrega a isso, trata-se também da confiança nas instituições. Como bem disse o senador Anastasia, sem a confiança nas bases institucionais de um sistema de governo, o sistema não será bem-sucedido. Gostaria de fazer minha apresentação em cinco etapas, e cada uma delas será bastante breve para poder me adequar ao tempo que me foi concedido. Na introdução, apresentarei um sistema que mostra a relevância cultural do estado na sua importância no sistema federalista; falarei, em seguida, da perspectiva histórica dos estados federativos na Alemanha e, na terceira etapa, a maneira de funcionar da nossa câmara alta, o *Bundestagt*, que é o nosso órgão federal; na quarta fase, abordarei as funções deste mesmo órgão, além de falar das perspectivas da representação de legitimação democrática, de visão de produtos; por último, colocarei ideias sobre a reforma.

O primeiro ponto é a tese de partida, se hoje na Alemanha ou no Brasil ou em qualquer país do mundo comparar o federalismo, eu acho que temos que ter clareza de que não existe nada vinculante, ou seja, cada estado federal, federação é marcado por seu contexto cultural. Os *Federalist Papers* dos Estados Unidos da América têm validade no mundo todo, é um texto que todos nós lemos, mas o estado americano é muito diferente do brasileiro, do estado suíço, do estado da Alemanha, do estado federativo da Bélgica. O federalismo, senhoras e senhores, depende grandemente do contexto cultural correspondente. Apenas quando entendemos o federalismo dentro do seu contexto cultural, é que podemos entender as suas relações funcionais e criar instituições que a contento, compreende as suas funções, as instituições que funcionam dentro de uma federação, depende das condições culturais; nenhum estado federado pode copiar de outro estado federativo, trata-se sempre de fazer renascer as próprias instituições dentro do seu contexto cultural.

E esse funcionamento do federalismo pode ser imaginado como federalismo separativo que faz a diferença entre os estados em nível federal, essa explicação clara possui vantagens por ter a clareza das atribuições em competências, isso então evita que isso chegue ao ponto descrito pelo senador Anastasia; por outro lado, o federalismo separativo é um conceito modelo muito rígido, e no mundo globalizado do Século XXI, onde diariamente somos confrontados com novos problemas, talvez seja mais importante podermos cooperar mutuamente.

E esse modelo leva ao federalismo cooperativo, a que os americanos chamam de *capitalism federalismo*. A cooperação é um modelo bastante bem-humorado, e tem como pré-requisito que sejam criadas instituições sobre essa infraestrutura. Acabamos de ver um excelente exemplo, como ele falou do combate à dengue, não podemos imaginar aquele mundo claro em que desde o início está determinada a responsabilidade apenas da federação, mas podemos imaginar um mundo com organização federal em que os serviços de inclusão de assistência à saúde tenham os seus dados pelos estados e a federação cooperando entre si, mas isso vai funcionar se existir uma infraestrutura entre as instituições, instituições que organizam, a cooperação.

Se estas não existem, esse modelo de governança federal não vai funcionar, esta é a primeira tese muito importante, não importa se pensamos em modelos cooperativos ou separativos, temos sempre que partir do contexto cultural e da sua tradição histórica. Isso me leva ao segundo ponto da minha conferência, as condições históricas do federalismo na Alemanha, usarei um exemplo para apontar um aspecto muito específico. Algum dado histórico vai mostrar o centro interurbano onde começa a federação, esse é um modelo da organização de dominação que, no início, não tinha nada a ver com burocracia; sabe-se que o federalismo na Alemanha é muito mais antigo do que a democracia e teve seu início na Constituição de 1984, levando à Constituição de Weimar, e ao sucesso do nacional socialismo – o primeiro modelo democrático alemão é da Constituição Alemã de 1949. Mas o federalismo possui uma história, uma pressão muito longa porque foi iniciada no direito alemão em que se previa a organização do estado nacional alemão, em 1800. Os debates da reunificação alemã nunca queriam criar um estado centralizador, mas sim deixando bastante autonomia aos estados, e essa força dos estados, a sua autonomia dos estados é algo que persiste até hoje dessa autonomia dos estados, é algo que marca muito a nossa cultura, e isso também me leva de volta a minha tese, a organização do domínio na Alemanha tem de estar ligada, aproveitando esses conceitos culturais.

Seria absurdo tentar criar um estado centralizador se o sistema federalista alemão existe há séculos na Alemanha, mas é muito importante que a organização de domínio federal que se desenvolveu na história, deva ser ligado à democracia relativamente jovem e, se hoje os senhores perguntam a um estudante de direito na Alemanha, ele vai dizer automaticamente, que o federalismo tem a ver muito com democracia, e o federalismo relaciona-se à legislação democrática de baixo para cima, e do conceito de subsidiariedade, ele diz isso porque ele conhece o Artigo 20 da nossa Constituição, em que o princípio da democracia está regulado, em que a dimensão e democrática do federalismo tem um papel importante; mas isso foi acrescentado bem mais tarde, e tentou-se institucionalizar isso, tentarem se encon-

trar mecanismos para esse conteúdo democrático do federalismo alemão se tornasse eficaz, isso me leva ao meu terceiro ponto, o *Bundestag* que é a nossa câmara alta, que é órgão central no contexto constitucional da Alemanha, ali onde os estados podem participar da organização federal.

O *Bundestag*, a câmara alta, na literatura, muitas vezes, é denominada segunda câmara. Este termo, na verdade, é um engano porque a câmara alta no fundo no fundo não é uma segunda câmara, no sistema de duas câmaras, nós conhecemos o sentido de sistema, por exemplo, do Reino Unido, em que há essa câmara alta, câmara baixa, e também de outros sistemas; de fato, precisamos de duas câmaras que participam da tomada de decisão; outro exemplo, talvez, seja o congresso americano e o senador americano em que há representantes legitimados democraticamente, que estão representados nas duas câmaras, os dois têm a legitimidade democrática, já o *Bundestag* Alemão é diferente, é a da história, o *Bundestag* Alemão é a representação dos estados federados, onde a vontade dos estados federados pode ser introduzida a vontade da ONAN, portanto.

O *Bundestag* está representando os estados federados e não foram eleitos democraticamente, que também não vem dos parlamentos, Holanda e sim fazem parte da executiva dos estados federados, portanto, tem uma legitimação democrática, trata-se da participação e da representação dos estados federados em nível federal. Para essa representação dos interesses dos estados federados em nível federal existe uma disposição bastante detalhada que aqui não vou começar a aprofundar, já que seriam muitos detalhes, apesar de bem interessante se os senhores tiverem a possibilidade de lê-las, mas os mecanismos tratam dos mandato dos representantes na câmara alta.

Eles precisam representar os interesses dos estados federados, não é melhor do que o livro dos deputados, a pergunta é que, se isso está no *Bundestag* e quando há uma colisão em nível federal, se aqui, por exemplo, uma parte dos votos que vão para um lado e uma parte dos outros para outro lado ou se aqui também trata-se de um princípio do voto uniforme, existem, enfim, alguns mecanismos que, em nível federal, assegurem os interesses dos estados federados. Esta representação dos estados federados se vê refletida também no esquema de competência da república federal alemã, e aqui atravessa os interesses específicos dos estados federados, interesses que na República Federal da Alemanha estão na responsabilidade destes, e isso também é muito importante para a Constituição e para a organização da Constituição do país; aqui os estados federados precisam exercer parte das leis federais sobre os altos custos, portanto, os interesses dos estados federados são importantes, e muitas vezes não podem ser aprovadas sem a participação dos estados federados. Quando a competência dos estados federados é atingida, os estados federados também querem ser representados e não querem.

Também quando se trata de segurança, e aqui também já se falou sobre segurança quando se trata, por exemplo, da organização da polícia. Neste caso específico, os estados federados querem participar e formular o ordenamento legislativo; quando se trata da cultura e da educação é competência dos estados federados em que os estados federados têm grande interesse que não haja uma ingerência da união, ou que não haja uma transferência de competências da União para os entes federados para a União; toda essa representação dos interesses dos estados federados em nível federal tem a sua casa no *Bundestag*, Câmara alta da Alemanha, pois, de fato, trata-se da representação de interesse dos estados federados.

Claro está, depois de toda esta exposição, que esse modelo é bastante mais complexo do que o apresentado, é a seguinte pergunta; em primeiro lugar, até que ponto a representação dos interesses dos órgãos federados também tem um momento democrático, isso acredito que também é interessante em relação às perguntas informais. Acredito que é uma questão muito interessante, importante, e também porque é interessante criar um ordenamento de competência clara, e inequívoca, eu acho que a história nos mostra e também os desafios do presente nos mostram que talvez um estado centralista não consegue dar conta da complexidade das tarefas, que existem a descentralização, ela acontece até mesmo na França; até certo ponto, exige-se a repartição das competências e também das tarefas, e na teoria é bastante simples, mas na prática é bastante difícil que o princípio da subsidiariedade o que cada unidade.

Quando unidade menor consegue dar conta de determinada tarefa, deve realizar determinada tarefa, por exemplo, quando se trata do exemplo que foi citado, Dengue, talvez seja tarefa da união, mas nem sempre temos uma repartição clara das competências, mas, com certeza, é importante que haja clareza com a competência. E finalmente a necessidade de instituições que funcionam, se olhar para a câmara alta da Alemanha, *Bundestag*, três funções que desempenham um papel importante e que também dão impulsos para a sua discussão, que é função da representação para legitimação democrática e da separação dos poderes. Há uma necessidade em nível federal da representação da unidade menor, acredito que a representação do regimento também seja importante no mundo globalizado, em que essas nossas raízes, e temos também uma tomada de decisões; outro aspecto é que precisamos impor os seus direitos legitimidade adicionais, e não só no contexto globalizado e no contexto do nível federal, e nos municípios; em segundo lugar, a democracia nos estados federados, em uma dimensão de separação dos poderes; nós conhecemos a separação clássica entre os três poderes, já o federalismo ele aumenta a separação e também as para vertical em que as instituições do Brasil não podem exercer o controle mútuo no sistema no sistema de peso e contra-

peso, e acredito que aqui vemos que a confiança na política, no processo político pode sim ser jurídico.

É inegável que o federalismo sempre está sujeito a reformas, qualquer órgão e sempre é preciso dizer formas, sempre reformando. Há uma necessidade de agenda detalhada de formas e uma agenda predefinida, clara, como esta que apresentei aos senhores. Agora, um terceiro aspecto do mundo globalizado num estado que tem uma autonomia, sempre temos as ligações também com os outros países no direito internacional, e na Europa, principalmente, no direito comunitário da União Europeia. A questão da competência se torna cada vez mais complexa e nós corremos o risco, caso haja fracasso político, de culpar o outro, mas é algo que não deve acontecer, pelo contrário, deve ser o fio condutor da nossa discussão.

Bom dia. Disse para o doutor Everardo que utilizaria o português como minha segunda língua para melhor me fazer entender porque, certa vez em São Francisco, ocorreu um episódio pitoresco, quando a professora Odete Medauar conversava comigo e com a Fátima sobre questões acadêmicas; apesar de receber professores de todas as nacionalidades, há alguns portugueses de difícil compreensão e, por esta razão optei por utilizar uma língua que acredito dominar, mesmo com um sotaquezinho tupiniquim, como bem afirma o embaixador brasileiro, mas com a certeza de que me farei entender.

Agradeço, inicialmente, ao IDP e ao professor Everardo Maciel, a quem devo, por seus ensinamentos sólidos, estruturados e consolidados, embora muitas vezes polêmicos, mas a academia também é feita de polêmicas e de debates, o conteúdo da matéria que aqui será tratada. Minha proposta é analisar de forma objetiva a crise de governança no pacto federativo, os desafios e as perspectivas. Gostaria de abrir com uma frase da filosofia do direito que é a seguinte: os conceitos jurídicos devem estar talhados para encontrar uma solução.

O jurista, às vezes, se perde em sua própria reflexão, melhor dizendo, ele possui muita coisa de kantiana, o direito possui muito de Kant em sua concessão filosófica, na forma como vê o mundo. Aliás, aprendi justamente como muitos que aqui estão como Maria Lúcia e o professor Nuno, colegas de graduação. Na faculdade foi colocado que o direito era algo que precisava ser aplicado, que devia ser exercitado; não como mera discussão teórica, mas como algo que precisava de expressão. Por esta razão, a linha de fundo de minha propositura serão os princípios Constitucionais norteadores da doutrina, que princípios devem informar um importo tipo IVA, princípios norteadores aceitos sem nenhuma contestação; em seguida, partirei para a Constituição brasileira para verificar em que medida estes princípios estão consagrados na lei maior e fazer um breve sumário a respeito da prática dos brasileiros, para, somente depois, fazer o que chamo de propositura provocativa positiva, que é um desafio para os constitucionalistas brasileiros – fazer aquilo que lhe é exigido no fundo, que é a conformidade do conceito de Constituição com o problema jurídico que está à espera de solução na expressão boa desiperios.

Inicialmente, apresento os princípios estruturados daquilo que é um imposto tipo IVA, como é o ICMS; tem-se a neutralidade, que possui várias expressões e conceitos, mas que na essência significa que a opção do agente econômico não está condicionada pelo sistema tributário, ou seja, quando ele toma uma decisão de investimento, o que ele faz é verificar os fatores de produção, os custos de contexto e, em função destes elementos, toma a sua opção de investimentos; há uma expressão no IVA para esta neutralidade a que o agente econômico, em regra, não está sujeito, melhor dizendo, o imposto tipo IVA não agride a produção, não agride a comercialização,

agride sempre o consumidor final, ou seja, no final, quem paga o imposto é o consumidor final. Isto garante uma neutralidade na lógica de investimentos a montante e do consumo final, de forma que o agente econômico não está condicionado pelas soluções e pelas alíquotas que o poder político manipula em função das suas necessidades.

Por outro lado, um outro princípio, que decorre da neutralidade e lhe dá conteúdo, é o da não discriminação, e a não discriminação em IVA possui suas vertentes, a primeira é do produto, não posso discriminar produto semelhante com alíquota diferenciada, porque viola-se o princípio da não discriminação e, no mercado, o correto é que o fator tributário não faça discriminação entre produto exceto se tiver como função penalizar certo tipo de consumo, em regra, utilizando outros mecanismos, com os impostos específicos – é o caso do IPI aqui no país, mas não o chamado imposto sobre consumo, porque passa a ter uma alíquota como normal; acontece que o IVA, também, não pode servir para descriminar o produtor, significa na prática que, dentro do mesmo sistema jurídico, a mesma tessitura jurídica, eu não posso ter agentes econômicos fazendo a mesma produção, um com uma alíquota e outro com outra alíquota, porque violaria a concorrência privilegiando um em detrimento do outro; o estado está ajudando um e contra o outro. Isto cria uma circunstância que, na lógica de mercado, impactam neste princípio, que é o favorecimento da concorrência.

Tudo isto não é um postulado ideológico, mas a mera constatação de que o sistema tributário não deve privilegiar uma incorreta alocação dos recursos, uma incorreta alocação dos fatores de produção e, por uma razão simples, porque são escassos, e sempre que o agente econômico estraga riqueza, não há como repor, e quem se prejudica é o cidadão, o consumidor. Se o sistema tributário permite uma correta alocação dos fatores de produção que, depois, em concorrência escolhe a melhor forma de potencializar esta riqueza, transmitindo o *output* – produto e serviço ao consumidor – e se consegue que, de fato, o sistema seja amigo do investimento, da produção e também da competitividade, como forma de impedir que haja privilégio e um desperdício de recursos, que já são escassos.

O certo é que tudo o que tem sido falado neste congresso, desde a primeira situação do problema dos modelos, até as questões do ambiente, passando pelas questões dos direitos fundamentais, sempre é colocada a questão do desperdício de recursos, do estrago nos recursos; isto é um tipo de situação que só pode ser promovida pelas respostas tributárias. Assim, revisto de forma rápida, mas clara, consolidando quais são os princípios fundamentais do imposto do tipo IVA, tal como ele foi concebido e abordando os princípios constitucionais brasileiros.

Minha curiosidade como estrangeiro me fez analisar a Constituição do Brasil e tentar detectar se estes princípios teóricos têm ou não expressão no

texto constitucional. Vejo que no artigo 150, 2 e 5 diz que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir tratamento desigual entre os contribuintes. Ora, não é por ser português, mas compreendo claramente a ideia da não discriminação do produtor, ou seja, de alguém que é contribuinte; não há, melhor dizendo, não pode haver, é vedado, e esta expressão é muito clara, é vedado que isto seja feito desta maneira. Em contrapartida, também diz o Inciso V que é vedado estabelecer limitações ao tráfico de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, princípio da liberdade de circulação das mercadorias e das pessoas sem possibilidades de, por via tributária, criam empecilho à liberdade de circulação, ou seja, a exist6encia de um verdadeiro mercado interno na perspectiva da Constituição do Brasil.

Em outro momento, o artigo 152 determina que é vedado aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza em razão da sua procedência ou destino; ora, igualdade, não discriminação do produto. Já havia sido adquirida da própria Constituição brasileira a não discriminação do produtor; tem-se aqui consagrada no texto constitucional a proibição da discriminação do produto em relação à procedência ou ao destino. Nesta análise, se a neutralidade e o favorecimento da concorrência existem no texto constitucional, consagrado em 88 de forma tecnicamente exaustiva, determinando, inclusive, que será não cumulativo, compensando depois o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços, com o montante cobrado nas anteriores; e agora eu factivo, pelo mesmo ou outro estado, ou Distrito Federal. Isto é a não cumulatividade, aplicação da ideia de neutralidade com uma expressão que, simultaneamente jurídica e contábil, o brasileiro foi claro na sua propositura constitucional.

Agora, o propósito da guerra fiscal, responsável pela inquietação de tudo que é pensador brasileiro e também de alguns estrangeiros; não me incluo, mas é por amor à lógica da percepção. A isenção ou não incidência acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores e isto é um princípio fácil porque tem direito tipo IVA com ICMS, você distingue entre o agente econômico e o consumidor final, e o consumidor final é quem paga; o que vai dizer o legislador constitucional se alguém fica isento e não tem de pagar; então, tudo que está para trás ele não pode deduzir, porque já está beneficiado quando está pagando o final, alguém tem de pagar o imposto.

Coloque esta realidade na guerra fiscal do Brasil e questione o que foi feito com as montadoras e todas as empresas que beneficiaram benefícios fiscais; foi concedida isenção, mas isenção com direito a deduzir do montante tudo que se podia deduzir contra o preceito constitucional. É verdade que a constituição também determina que podem ser fixados benefícios fiscais desde que haja lei complementar que

o autorize, e, efetivamente, há uma lei complementar que cria o CONFAZ, que permite por unanimidade a concessão de benefícios fiscais. O que aconteceu, porém, é que nunca houve unanimidade em relação a todos estes benefícios no CONFAZ, e já há um acórdão do Supremo Tribunal Federal que considerou como ilegais, inconstitucionais, todos sos benefícios concedidos sem respeito à lei complementar, leia-se a unanimidade do CONFAZ. Até mesmo eu diria que, quando o CONFAZ toma uma decisão unânime com falta de lei, sem emenda constitucional, o comércio eletrônico, a transmissão para os estados, a lógica, a origem e destino, o Supremo Tribunal Federal vem dizer não, isso é ilegal. E a grande barreira, que é a reforma tributária, aquilo que todo mundo acha impossível conseguir mexer no Artigo 55 depois da decisão do Supremo.

Acredito que aí está uma emenda constitucional a estabelecer o que foi estabelecido no CONFAZ, já como emenda constitucional aprovada pela maioria sem nenhum problema. Mas o preceito constitucional bem diz que o imposto poderá ser seletivo em função, obviamente, do consumo. Certo é que pode ter interesses para outras conversas que não estas tidas aqui.

Há que se questionar algumas questões, pequenas questões, se o Senado pode fazer harmonização fixando alíquotas mínimas e máximas, por que não o fez? Ouço muitas críticas relativas à guerra fiscal no Brasil, mas os congressistas são as pessoas mais qualificadas no sentido de, por serem em menor número, o senado deveria ser um órgão mais leve na tomada de decisões; no entanto, não faz o que deve fazer, o que pode fazer ou o que deva ser feito, na verdade, o que está sendo feito é contra a constituição, como eu, de maneira bem simples, procurei mostrar, ou seja, a constituição está sendo violada todos os dias e de todas as formas, porque aquilo feito no dia a dia na legislação dos estados, no reembolso ao agente econômico, na impossibilidade de ser ressarcido do IVA de crédito etc, é contra a constituição, contra os conceitos constitucionais.

Se é possível, efetivamente, a lei complementar definir quem são os contribuintes, como é que é feita a substituição tributária, como é feita a compensação, como é que é o local e que houve um problema de unanimidade no CONFAZ, o tribunal diz que não pode, que não tem poder. Imediatamente, uma emenda constitucional do Artigo 155 – emenda 87, relativa à manutenção do crédito, a isenções e aos incentivos. O CONFAZ tem de dar unanimidade, nenhum dos grandes investimentos no Brasil nos estados do Nordeste foi feito com o consentimento do CONFAZ, nenhum possui esta tal espada de Dâmocles, porque quando cessa, quando esse acórdão for implementado, haverá uma anistia. Pode-se dizer que o país não aguenta a má prática constitucional dos estados na área tributária, que é incentivada, negativamente contra a constituição. Acredito que, quando chegar o momento de colocar as coisas em ordem porque, do contrário, o país não aguentará, deverá exis-

tir uma anistia porque as montadoras, por exemplo, irão embora, o emprego vai se perder e, consequentemente, o país ficará sem condições de governança. Entendo que a Constituição de 88 tenha sido a vontade dos constituintes e representa, de uma forma clara, todos os componentes essenciais para uma boa gestão do ICMS.

Percebo, no entanto, que o legislador brasileiro estadual fez, rigorosamente, o contrário daquilo; esqueceu-se de ler a Constituição e o congresso constitucionalista foi adotado para se dizer o que fazer. Certas são as contradições de legislação que ferem a constituição que veda, comanda e a prática é exatamente o oposto. A jurisprudência trouxe ao Supremo Tribunal, quando ele efetivamente coloca que dá origem emenda constitucional; o outro do CONFAZ ainda não foi executado, mas com certeza, é uma boa forma de chamar ao bom senso aquilo que é o legislador estadual, porque entende-se que é importante haver estados no Brasil.

Indubitavelmente, a gestão chamada descentralizada é essencial para uma boa gestão um país com dimensão continental como o Brasil, que possui muitas coisas a seu favor, mas que possui muita diferença que precisa ser vencida, contrariada, acrescida, e isto se faz, de forma efetiva, na base federativa. Agora, utilizar o poder federado, o poder dado pela Constituição contra ela própria não pode ser possível, é uma irrealidade magna, impossível de ser atendida. Minha propositura – sem utilizar a tecnicidade em relação à questão de tudo que está mal e inconstitucional no ICMS dos estados – é que, por via jurisprudencial, com base nos preceitos constitucionais que se crie um conceito constitucional de não discriminação através do princípio da não cumulatividade, que está na Constituição. Outros preceitos aqui colocados é que é vedada à União, ao estado e ao município a construção do conceito constitucional de liberdade de circulação com consequência tributária; a não possibilidade de se por em causa a livre circulação das pessoas e das mercadorias, e a prática tributária do Brasil que não acontece assim; além do conceito constitucional de não cumulatividade que vai dar expressão, integrar a neutralidade e não discriminação.

Certamente, se chegaria ao que prefiro chamar de novo paradigma, e que já está no mundo jurídico do Brasil, com estes dois acórdãos cujo relator comum é o ministro Gilmar Mendes. A inconstitucionalidade material, como forma de impor cumprimento da Constituição, como forma de inculcar, induzir a reforma tributária dentro da norma constitucional. É isso mesmo, ou se faz esta inserção, ou declara-se inconstitucional e as consequências serão de todos, porque é perda do poder de tributar em termos normais e na lógica de um estado de direito, como é o Brasil. Penso que esta posição, associada à posição daquilo que já é inconstitucional, mas que não foi declarado como inconstitucional, identifica os temas da reforma tributária; os estados terão de colocar acordos contra isso, fazer federação, ser federação, porque

ser federação não é um título, precisa ser praticado; não se herda, você não é federação por título, tem de praticar, tem de exercer o poder de estado, conciliar entre os poderes, respeitar a União, e ser respeitado. É disto que se faz a noção de federação, criando aquilo chamado, humildemente, por mim de panfletismo. Em síntese, um sistema tributário mais justo, amigo da economia e do contribuinte que paga.

8
ENCERRAMENTO

Os direitos fundamentais nascem de uma crise e tentam superar essa crise, disse Sarlet durante o encerramento. Devemos transformar o direito em realidade. Afinal, para que servem os direitos fundamentais? Talvez, nós da academia, achemos um máximo e isso deva ser repensado. No dia a dia, os direitos fundamentais são quase uma piada, por exemplo, para o cidadão da favela e da vila os direitos fundamentais são privilégios.

Primeiramente, agradeço a presença de todos porque, sem a presença deste público, nada seria possível. Fico honrado de estar presente e tornar possível uma dimensão dialógica – própria de encontros como estes dos fóruns internacionais. Em segundo lugar, saúdo meus amigos de cumplicidade "para o bem e para o mal", melhor dizendo, escrevemos bem para alguns, e para outros, nem tanto assim; mas de qualquer modo, o grande prazer intelectual foi o trabalho conjunto na construção e andar pelo desconhecido quando se discute Direito Constitucional. O tema organizado por mim, cujo título é bastante esquisito, exótico – não se sabe se por modernidade, banalização do bem e dos tribunais catalíticos – tônica que precisa ser decodificada em algum momento.

O que pretendi com este sumário e com esta temática é, como bem exemplifica Fernando Pessoa, momento do mundo do desassossego pessoal, do desassossego político, do desassossego comunitário. Em seguida, mostrar que na compreensão de um discurso há que se evoluir da terceira modernidade para uma última modernidade, isto sem falar na razão da presença deste septuagésimo aqui, porque justifica ser moderno três vezes. Eis a razão deste desassossego em relação ao problema do país em que vivemos e no qual existimos. Tudo isto explica a existência do confronto atual entre alguns diálogos, algumas discussões entre os constitucionalistas e, sobretudo entre os constitucionalistas e os economistas.

Não por acaso, quando abro as primeiras páginas de um livro alemão Os Custos da Liberdade, o que vejo é uma referência ao Tribunal Constitucional Português, de 30 de maio de 2014 e uma crítica no *Farnkfurt Startsite*. Há, portanto, um problema que Portugal está a dinamizar; e isto é bom, porque suscita problemas bastante interessantes. Toda esta dinâmica serve como recurso para explicar, novamente, palavras bem exóticas, monomórficas e poliformicas no entendimento verdadeiro do esquema normativo, da ideia de força normativa e das arrumações de normatividade que perpassam a União Europeia, ou seja, a ordenação – se há Constituição, se há leis, decisões ou tribunais. Deve-se começar pelas decisões dos tribunais, dos memorandos de entendimento e subir a cúpula se há uma superioridade em normatividade na produção de normas e há uma superioridade em derrogá-las no momento de sua aplicação, tudo isto está hoje em causa e, mesmo não havendo grandes instigações a respeito, acredito serem problemas importantes – terceira modernidade.

Há mais de quarenta anos que os instrutores da primeira modernidade se dissolviam na morte das narrativas emancipatórias, ou seja, nesta primeira modernidade findava-se a modernidade em que eu me formara; acreditava-se na revolução, no otimismo da vontade e na força de vontade e acreditava-se na utopia. Nesta modernidade, já num contexto de mudança paradigmática, é que os textos constitucionais de Portugal de 75 e do Brasil de 88 ousaram dar resposta a problemas fatais ligados ainda à primeira modernidade. No caso Português, estavam em pauta três imensos problemas: a descolonização, a democratização e o desenvolvimento – fundamentais para a existência do Brasil enquanto nação e pátria.

Em 1979, época em que o Brasil tinha os generais, estive aqui para representar o Portugal Democrático e, ao procurar os livros de Jorge Amado, de Josué Montello e de outros autores censurados é que pude confrontar o que era, de fato, a censura. As diretas já impulsionavam a democratização da república e abriam uma área e um momento de intensa politicidade na definição dos momentos fundadores do Brasil, desde os que se relacionavam a uma estrutura territorial, até os que tocavam no governo econômico e social passando pelo núcleo intocável das liberdades e dos direitos fundamentais. No fundo, o Brasil tinha problemas de liberdade, de organização territorial, e tinha problemas de um governo econômico e social. Por esta razão, não vale a pena esconder a forma narrativa emancipatória dos dois textos, ou seja, fazer aqui uma narrativa emancipatória utópica, típica da modernidade, destes dois textos.

Qualquer discursividade jurídica ou constitucional passa pelo acoplamento do direito e da política e as constituições democráticas; e as constituições democráticas e sociais, como pretendiam e pretendem ser as nossas, acolhiam a luta em proç de posições políticas e constitucionais por meio do direito. Para aquela época, isto significa que nós fizemos a nossa Constituição e o que vocês fizeram dela, porque o importante na luta política é adquirir posições constitucionais no teto constitucional; na lei fundamental, nós tentamos colocar o socialismo, a revolução – com a participação dos militares e a promoção para o socialismo.

Aqui no Brasil, não ficou muito claro; ao lado de momentos que evocavam uma constituição dirigente dizendo-se que ela era a culpada pela ideia de uma constituição que conformasse a ordem política e social. Era este o sentido da Constituição Dirigente, até mesmo o Centrão – que introduziu também bastantes bombas inconstitucionais no seio do teto constitucional. Pode-se dizer que, de certa forma, eram momentos em que a luta era pela aquisição de posições constitucionais, ou seja, pela defesa de interesses, de mensagens ideológicas dentro do próprio texto constitucional. E esta é a primeira modernidade em que vivemos e que passamos por ela – e vivida por mim.

A segunda modernidade irrompeu tornando o texto emancipatório um mundo crepuscular habitado por sombras; pelo menos era este o espírito da maior parte das propostas que empurravam as cartas constitucionais dos nossos países para revisões publicitárias. No caso português, o problema tornou-se viral e equivocado ao dotarmos o ordenamento em duas constituições econômicas, ou mesmo acontecer de Portugal ter duas constituições econômicas, uma tendencialmente socializante, que vem dos momentos revolucionários, e outra da União Europeia Neoliberal, que colocou entre parênteses a própria constituição econômica, que está na Constituição portuguesa.

Esta segunda modernidade também se liga à globalização e evolui para um mundo de hiper utopia sem confins e que justifica, segundo entendo, os problemas que têm os constitucionalistas e outros juristas ao explicarem soluções, ao tentarem propor respostas. Aqui no Brasil, reina ainda esta cultura soberanista – muito ensinada aos diplomatas pela Escola do Rio Branco; o que reina para os brasileiros é de um país soberano. Não sei se esta ideia é vista com agrado por aqui, mas vejo como sendo a do mundo da governança global como ordem mundial simbólica; em primeiro lugar, do direito global como economia, desordens do poder, do dinheiro global com hierarquia das ordens do dinheiro, da expertise global com a heterogeneidade das ordens do saber e da competência, da moral global como é a paradoxia das crenças e das ordens religiosas.

Mergulhamos, portanto, na terceira modernidade para a qual não estávamos preparados, muito menos aqueles que pretendiam uma dimensão muito nacionalista. De certo modo, mesmo a Europa, que pretendia uma outra proposta de federação e de organização das nações, esta terceira modernidade traz augúrios preocupantes como a erosão de todas as intensidades emancipatórias da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Fala-se em pós-democracia, em pós-política – a pós-política do ódio à democracia, segundo a Doutora Maria Lúcia Amaral; não apenas a pós-política de ódio à democracia, mas também da crise das instâncias legitimatórias. Desde a crise de legitimação até a da participação e a crise da representação, aparecem novos sujeitos, os indignados, os ocupas, os demonstrantes, os poderosos e os piratas; tornam-se obsediantes e obsivionais As matrizes comunicativas anônimas que, de uma forma invisível controlam e dominam e dominam todo o mundo e todos os países. Falo, em termos concretos, das matrizes comunicativas anônimas: os seus mercados, a senhora comunicação social, as senhoras agências da Rating, os times tecnocráticos, os polígamos dos lugares e os piratas.

Acentua-se o sentimento coletivo de falta de alternativas credíveis perante as crises: climática, da dívida, bancária, do imobiliário, da energia, do terrorismo, demográfica – que é trágica para alguns países como, por exemplo, Portugal, que no curto espaço de 4 anos passou da discursividade oti-

mista de *Yes, we can* para a depressão. O pior que poderia nos acontecer - septuagenários da década de 60 como eu – seria assistirmos a uma trágica comunhão da desatenção e do desencanto perante a arte mais nobre das mulheres e dos homens desde a antiguidade, mais dos homens do que das mulheres na arte da política. Na antiguidade, à época de Aristóteles, a arte da política era posta a serviço das pessoas e da virtude da responsabilidade pública; atualmente, não acontece, mas continuo a acreditar plenamente nela. Acredito como Aristóteles que a política é a arte mais nobre colocada a serviço das pessoas, embora, nos paraísos políticos, esta ideia não seja levada a sério.

A banalização do bem é outra ideia que muito me perturbou ao longo dos meus setenta anos e, certamente, ainda perturbará meus filhos. Um exemplo recente deste problema é a falta d'água que atinge São Paulo e Rio de Janeiro; as pessoas só se dão conta da falta de água quando os poços estão secos; mas não relacionam a falta de água no dia a dia de cada um. É disto que falo quando me refiro à banalização do bem, que será nosso último tópico e passou a ser referência obrigatória o registro feito pelo historiador norte-americano Tony Judt em seu ensaio Um Tratado sobre os Nossos Atuais Descontentamentos, numa conferência proferida pouco antes da morte dele, em outubro de 2009, em Nova York.

Segundo ele, a primeira pergunta sobre o assunto veio de um aluno de doze anos que foi direto à questão: "se tivermos, diariamente, uma conversa ou mesmo um debate sobre alguns destes assuntos e no meio deles fosse mencionada a palavra socialismo seria, às vezes, como se tivesse caído um tijolo na conversa, sem condições de retomar a conversa/debate de onde estava. Neste caso, o que seria recomendado para repor a conversa?". Veja bem, um jovem de apenas 12 anos propôs ao historiador o restabelecimento da conversa, que aceitou a proposta e o convidou a acompanhá-lo numa viagem ao Canadá, aos países nórdicos da Europa e aos estados.

Este mundo da sociedade progressivamente construído, que dava dignidade econômica e social a todas as pessoas, era o mundo do bem-estar, do estado social e da democracia econômica e social, mas passou a ser alvo de desconstruções, onde estavam o bem e a saúde, estava agora; onde se tinha arraigado o bem educação, passa a implantar-se a *commodittie* instrução; onde se dispunha de acesso à água, passou-se a ter direito à compra de uma marca de água.

A nosso ver, o problema não está em incorporar uma outra governança, pública ou privada, orientada para resultados em termos de otimização de recursos e de eficácia jurisdicional e organizatória; e não é este o problema porque uma boa parte desta otimização, deste problema organizatório em termos de resultados que exigem eficiência e eficácia não é uma ideia, mas um dever; não é uma ideia da direita ou da esquerda; pode auxiliar a organização de vários esquemas de sociedade, e

é nesta questão de saber como todos esses bens podem ser acessíveis com toda positividade igualitária e social.

Este momento fornecido pelos mecanismos distributivos e redistributivos da riqueza parece ser importante. Como disse Tony Judt, apenas isto poderá evitar a transmutação fatal da banalidade do bem em outra banalidade ultrapassada – a banalidade do mal - área estudada por ele com lucidez. Ela, hoje, se pensado o contexto europeu, está próxima da banalidade do bem e este é o motivo do grande desassossego; parte destas banalidades passa para os tribunais, e passa para eles com funções da apreciação da constitucionalidade, e como brasileiro como tribunal superior e, ao mesmo tempo, tribunal guardião da Constituição.

Um termo muito interessante e que convém falar rapidamente é o termo "constitucionalizar" – recolhido de um livro estimulante de Katerine Young – e o constituir dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ela traça uma distinção entre constitucionalizar e constituir a constituição econômica e o tribunal catalítico pretende reportar-se ao conjunto das várias técnicas a que os tribunais recorrem para responder aos obstáculos da intransigência, da incompetência, da desatenção por parte do governo, seja por parte do governo legislativo – a autora em referência considera como paradigma o tribunal da África do Sul.

Acredito que em alguma medida, isso dá origem a dimensões do chamado ativismo quando todos juraram uma Constituição, e alguns ficam indiferentes aos mandatos desta Constituição e nada faz o Judiciário. Muitas vezes tem tendência para aceitar o desafio de vinculação direta à Constituição e promover tarefas outras que não só as de controle, mas também as de promoção que, muitas vezes, são acusados de fazerem política eles próprios. Isto está relacionado às novas questões e, para a anomia dogmática que parece instalar-se na doutrina americana e europeia, parece que todos dizemos a mesma coisa.

É importante acompanhar os estudos que se movem agilmente na apreciação dos tribunais da Colômbia, da Índia, da África do Sul, do Reino Unido, em que se articula aquilo que se chama o constituir *by enforcement* com o constituir *by constacion*, um dos movimentos econômicos e sociais do constitucionalismo popular e da governança experimentalista. É inegável que minha vinda ao Brasil permitiu-me perceber que, no nosso cânone europeu e no americano, só citamos os nossos tribunais e os nossos autores; o mundo, hoje, é mundo, há outros tribunais, há outra forma de compreender as questões. O Tribunal da África, por exemplo, pode discutir se o mínimo de água por dia é um litro ou se são dois litros ou, três; para outros, isto é um enfado que não compete a um tribunal constitucional, mas as coisas são como são e, verdadeiramente, estes problemas são os problemas reais que se colocam a muitas populações; e muitas vezes, o problema da água não está somente na quantidade de um litro ou dois,

mas está na distância que se deve percorrer para retirá-la.

Claro está que estes problemas concretos mereçam atenção por parte da Constituição e dos políticos em primeiro lugar; em alguma medida, também, daqueles que controlam a própria Constituição. Mas minha angústia e meu desassossego não se resumem apenas a este problema, é muito mais profundo porque se aproxima de esquema normativo, que é incompreensível à primeira vista. Por esta razão, resolvi traçar um paralelo entre dois autores que escrevem sobre o mesmo tema, mas adotam linguagens diferentes: Andreas Fischer-Lescano e Adriano Giovanelli.

Andreas Fischer, autor alemão que escreveu em inglês a obra “Direitos Humanos em Tempos de Austeridade”, as instituições da União Europeia e a conclusão de memorandos de entendimento. Estamos, portanto, diante destas questões; em seu livro, o autor refere-se à carta de direitos fundamentais da União Europeia, tratado da União Europeia, convenção europeia de direitos humanos, carta europeia de direitos sociais, convenção das Nações Unidas sobre direitos cívicos, políticos, convenção das Nações Unidas sobre direitos econômicos, sociais e culturais, convenção das Nações Unidas sobre portadores de deficiência e organização internacional do trabalho.

Adriano Giovanelli, especialista italiano, escreveu um artigo intitulado, ou seja, vínculos europeus, obrigações e decisões do orçamento, de 2003; texto que me obrigou a fazer uma tábua – não sei se possível apresentá-la, pois o melhor é deixar de lado, caso se decida ver o que ele escreve. Ele fala de constituição financeira multinível, do programa de segurança europeia, do Banco Central Europeu, do tratado sobre o funcionamento da União Europeia, do Banco Central Alemão, do mecanismo e do fundo europeu de estabilização financeira, do mecanismo europeu de estabilidade, do fiscal *Compact*, do FMI, do Banco Central Europeu e da Constituição Europeia, do tratado sobre estabilidade, coordenação e governança etc.

Trata-se, aparentemente, de dois mundos: o mundo dos tratados, dos direitos humanos, juntamente com as cartas de direitos fundamentais, com os catálogos que estão nas nossas constituições – é o mundo cruel, cru, duro dos problemas da economia financeira, da estabilização, da dívida; em resumo, é o que se tem. O importante nisto tudo é saber como se articulam estes dois mundos normativos, porque, se me perguntam em termos de hierarquia tradicional, fica claro que a carta de direitos fundamentais, o tratado da União Europeia e a convenção europeia de direitos humanos, os catálogos das constituições estão numa hierarquia superior.

No entanto, na realidade não é isto o que acontece de fato, pois quem terá prerrogativa normativa ou força normativa são os memorandos de entendimento que entram no orçamento, são os mecanismos europeus de estabilidade, são os programas de segurança

de mercado que, de uma forma ou de outra, acabam por restringir a liberdade de informação dos legisladores nacionais. O problema, portanto, é este; como poderá ser resolvido? Sabe-se que, mesmo de uma forma um pouco estranha, algumas pessoas – não sei dizer se do tribunal e por meio de memorandos de entendimento, retornam tradicionalmente ao que, em uma linguagem *smithiana* era chamada de *dictate mesure* – sobre as leis gerais, a começar pela Constituição. Certo é que temos de incrustar em leis, incrustar na constituição *dictates*, medidas; e nas leis gerais, voltarmos à dogmática da década de 60 – que na linguagem alemã eram as, ou seja, introduzir medidas dentro das próprias leis ou mesmo, individual , introduzindo normas de fotografia dentro das leis gerais e abstratas. Isto, em termos jurídicos, suscita muitos problemas.

Neste contexto, há muita gente que recorre a Carl Schimit, não apenas nestes termos dogmáticos, mas para invocar de novo o estado de necessidade e o estado de exceção, *portego ergo obligo*. Ora, estes impactos de exceção possui conseqüências graves: renúncia à soberania, parlamentarismo de mera discussão e constituição de uma forma ou de outra dominante, aquela que possui uma preferência normativa acaba por ser a constituição financeira multinível. Por esta razão, é que digo que todos os caminhos tornam claro que a constituição material financeira é que resultou de uma tecitura reticular de todos estes documentos, que tem formado aqui formado uma circularidade normativa que exige emaranhamentos jurídicos, econômicos, fiscais e políticos e que nos leva para outro mundo.

Claro está que todos estes caminhos tornaram isto inquestionável e lembrando novamente Ulisses, ele agradecerá estas novas vinculações, mas por mais que sejam sedutores, os cantos irresponsáveis das sereias, ou seja, Ulisses também já não podia parar isso. E é desta forma que o problema se coloca – como serão resolvidos os problemas? Particularmente, tais problemas têm sido resolvidos e discutidos nos tribunais e isto tem originado grandes tensões; uns defendem os tribunais, o aumento dos poderes, o campo cognitivo dos tribunais, sobretudo dos tribunais constitucionais; outros como eu entendem que se devem colocar limites aos próprios tribunais constitucionais. Estes são, portanto, dois temas colocados em discussão na própria corte.

No sistema português, também no sistema brasileiro e no sistema alemão – a julgar pelo que se veiculou no jornal, do *Der Spiegel* em que Ângela Merkel ameaçou o presidente do Tribunal Constitucional Alemão de que faria uma revisão contra o tribunal se ele não servisse ao tratado orçamentário. As pressões, as discussões e as divergências – particularmente tensas devido à crise financeira, da crise da dívida – são questões que, se perguntarem, seria incongruente de minha parte e com minha formação gostar desses tribunais de entendimento. Entendimento porque acabam por reduzir drasticamente os salários, e os go-

vernos têm que obedecer; impuseram cortes substanciais no sistema de pensões e os executivos tiveram de obedecer, desregulou-se o mercado de trabalho, descentralizou-se o regime de convenções coletivas de trabalho e, a certa altura, proíbem as convenções coletivas de trabalho. Na verdade, o problema é saber quais as bases constitucionais, para construirmos – uma das questões, aliás, estudadas por mim.

Do ponto de vista dogmático, o mundo que coloca em paralelo toda esta circularidade de tratados e memorandos de entendimento não é muito fácil para ajustar e perturbar. Em referência a Portugal, o cientista italiano assinala que os tribunais constitucionais estão hoje em sofrimento nos países que como ele tiveram que se submeter a traumáticos vínculos externos. Aquela que nasce entre princípios de elevados valores jurídicos, e a consciência dos efeitos potencialmente desestabilizados das sentenças num clima de estado de assédio econômico em que os juízes procuraram um difícil equilíbrio no qual entra, também, por vezes, a possibilidade de inferir, pragmaticamente, os efeitos da sentença. Este esquema complicado suscita problemas importantes do ponto de vista político e financeiro, mas que possui refrações nas competências e nas decisões, nos modos de decisão do tribunal constitucional e, também, nos limites deste próprio tribunal constitucional; de qualquer modo, afinal, os tribunais estão também em sofrimento.

Creio que neste aspecto haja a necessidade de se passar para outro campo, que acaba por ser o campo multinível daquilo que eu chamado de interatividade, interjusfundamentalidade porque, verdadeiramente, tem-se um emaranhado de constituições, de leis, de memorandos, e não se sabe bem qual é o sentido de todas estas fontes de direito; pelo menos de instrumentos coativos e que são obrigatórios quanto ao cumprimento; por outro lado, não se sabe qual o público que se tem – e este é um dos grandes problemas desta nova modalidade. Certo é que os atores resolveram inventar o chamado público tipo multinível, ou seja, o povo; o povo agora é o público multinível, chamado de público global pela gramática do direito, baseada em razões de universalidade, de coerência, de proporcionalidade, da subsidiaridade, de coordenação, de compatibilidade e de coexistência. A outra visão precede o ato republicano de uma comunidade, que termina em um direito político, o direito cego ao destino do estado e o demos baseado no estado.

Salvo engano, estas são palavras bonitas para os brasileiros; não tanto as primeiras do público multinível, mas as últimas lhe são simpáticas. Mas como a narrativa da crise põe em relevo o problema, o melhor é saber quem, no mundo das heterotopias, tem o poder e a competência, a política e a governança para assumir questões politicamente tórridas de distribuição e de redistribuição de direitos. Creio que este livro mostra o ponto básico disto tudo, que não é muito fácil resolver, porque o dinheiro está difícil. Aliás, pelas informações obtidas aqui, percebi

que o Brasil também estava em crise e, segundo o jornal alemão, nos últimos dez anos, saíram do Brasil 330 bilhões de euros.

Mesmo para um país grande e rico como ele, este valor representa muito dinheiro e faz falta à economia, aos investimentos, às empresas, aos trabalhadores e, portanto, a distribuição e a redistribuição do dinheiro por aqui terão problemas dogmáticos, a que eu chamo com gosto de casos difíceis e casos fáceis o efeito rogatório em casos de relacionamento multinível. De certa maneira, retorno a um autor muito apreciado por vocês brasileiros, que é o que coloca várias questões e, em nível conceitual, isto tem de ser resolvido no plano jurídico ou dogmático, no plano jurídico e constitucional e no sistema normativo. A tensão, por fim, acaba por ser esta: o que um professor ou um escritor deve fazer para ensinar a quem interessa? Continuará a pirâmide vertical Kelseniana, que já não diz nada do mundo; continuaremos com uma hierarquia normativa da constituição, das leis, dos regulamentos, dos atos individuais e das sentenças, mas como se uma medida de um memorando de entendimento acaba por ter força sobre a própria Constituição?

Acontece que não é apenas isto; além disto, temos agora os tribunais, o tribunal de justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais. Pensando bem, não seria uma boa hora para isso porque há constituições baseadas em meu livro, há súmulas vinculantes que não se sabe ao certo o que é, se uma norma constitucional ou uma decisão vinculante e em que nível de hierarquia está situada; certo é que a última palavra pertence aos seus juízes. No entanto, nos memorandos de entendimento a última palavra pertence àqueles que conseguem transmutar ordens em orçamentos de estado e leis que, hoje, estão obrigadas por vários pactos e tratados internacionais.

Gostaria que tudo isso não conduzisse a tentações de estados de necessidade que impeçam uma reflexão serena dos juristas; por isto é que tudo que diz respeito a situações de necessidade. Custa-me ver o juiz do tribunal constitucional – juiz, um dos homens mais apreciados por mim, o boca do foro, - dizer que, nestes casos, não é um problema de força normativa, primeira ou última; é um problema de estado de emergência, e suspende a normalidade e a legalidade normal. Gostaria, inclusive, que o boca de foro lesse isto enquanto termino; digo isto para o ex-presidente do tribunal constitucional de Israel que, perante o controle da constitucionalidade de leis relativas ao terrorismo, havia pessoas a dizer que o problema não existe – combate-se o terrorismo e as leis fundamentais são desprezadas; outras se queixavam dizendo que em tempo de guerra o problema era irrelevante; de uma forma mais poética, diríamos que em tempos de guerra as musas ficam silenciosas.

A resposta do presidente Barack e dos seus colegas foi a seguinte: “Isso é totalmente errado; nós, Israel, somos um país ao pé do furacão, mas somos um país democrático, a democracia, o es-

tado de direito teve sempre mais força do que qualquer problema; nós vamos ser fortes como estado de direito, como estado democrático, como estado de direitos fundamentais e, verdadeiramente, vamos vencer; a luta é mais longa, é mais difícil, mas vale a pena comungar estes valores".

Penso, e digo isto em nome dos meus colegas, que independentemente de todas as dificuldades, de todos os problemas, acreditamos que as musas continuam a cantar que o estado de direito continua a existir, continua a defender-se e ganhará a guerra contra todos os terrorismos e contra todas as banalidades do bem e do mal.

PERSPECTIVAS E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ingo Sarlet*

*Desembargador do TJ/RS; Pós-Doutorado pela Universidade de Ludwig-Maximilians - München, LMU, na Alemanha; Doutorado em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilians-Universitàt, LMU, Alemanha; Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Foram destinados a mim quinze minutos para o debate, mas entre os marechais do direto constitucional que aqui estão – professor Lênio e professor Canotilho, que por suas ideias inovadoras talvez seja o mais novo de todos nós, sinto-me um pupilo, sinto-me, no máximo um tenente; sou pré constituinte como todos os presentes e gostaria de agradecer ao IDP nas pessoas do ministro Gilmar Mendes e do professor Paulo Gonet. Agradeço a toda equipe de professores, aos colegas e amigos portugueses e alemães aqui presentes, aos colegas e amigos do IDP pelo privilégio de estar aqui mais uma vez. Sinto-me tão à vontade em eventos do IDP que tomei a liberdade de negociar com o Lênio um pouco do tempo dele para usar em minha exposição. Aliás, brincadeiras à parte, dia 21 de novembro, ele será o mais novo estatutário do Brasil, pois fará parte do estatuto dos idosos; pior para mim que terei de ceder o espaço na fila do aeroporto e até quem sabe, carregar sua mala.

O tema a mim proposto é Perspectivas e Desenvolvimento do Direito Constitucional, confesso que não entendo muito de constituição, mas tento entender alguma coisa de direitos fundamentais. Realmente, as provocações do professor Canotilho são as responsáveis por meu interesse nesta seara do direito, ele é um dos pensadores que sempre se reinventa, está sempre aberto a novos desenvolvimentos, não há livro novo que ele não leia e não busque absorver, realmente é de fato um modelo permanente para todos nós; não ficar amarrado a esquemas antigos, não renovados, isso realmente não é fazer ciência, falar de todas as culpas que ele teria em relação a nossa Constituição.

Sinteticamente, abordarei a trajetória dos direitos fundamentais da maneira menos superficial possível. Em relação à evolução da Constituição têm-se alguns importantes momentos, sem descartar a certeza de que houve, também o processo contrário, que é a involução. O primeiro momento, evidentemente, e fazendo agora um corte histórico é o nosso momento constituinte, 87/88, um momento muito especial em que a Constituição brasileira realmente ocupa um lugar muito especial sob o ponto de vista do seu texto, do programa textual; foi momento de ampla jusfundamentalização, em dois sentidos: um sentido em face da adesão expressa do constituinte a uma concepção de direitos fundamentais de tradição germânico europeia que passou a significar que os direitos fundamentais deixaram de ser meros direitos constitucionais, mas sim direitos qualificados por regime jurídico particularmente reforçado e promissor; aparentemente, seria uma série de soluções para uma série de problemas.

Em um segundo momento de jusfundamentalização tem-se a abrangência do catálogo, a crença real de que há um número elevado de direitos fundamentais amarrando realmente o legislador ordinário e o próprio juiz e o administrador público em torno da defesa, da blindagem, de um conjunto de interesses, bens e valores como se fosse a solução; claro que também por uma

pressão internacional, pouco antes da queda do muro e da nova leva do constitucionalismo, mas já numa quadra avançada do constitucionalismo pós segunda guerra mundial. Na Constituição de 88 nós absorvemos, sem sequer ter ratificado, tratados naquela quadra, praticamente um conjunto integral dos direitos humanos previstos no sistema internacional de proteção, basta comparar o texto constitucional com os tratados vigentes na época ainda que não ratificados pelo Brasil, estão todos presentes ali, alguns outros direitos muito mais do que o texto constitucional de 88; aquelas amarras em torno de interesses políticos que evidentemente se aglomeraram e discutiram na constituinte de 88. Esse foi um processo de expansão nesses dois níveis e, praticamente, uma refundação de direitos fundamentais no contexto brasileiro, naquela quadra na América Latina.

A segunda crença é a crença na função diretiva e regulatória da Constituição e da sua plena e máxima força normativa o que já é traduzido no próprio catálogo dos direitos fundamentais pela afirmação da aplicabilidade imediata que foi muitíssimo levada a sério pelo poder judiciário, e aí passamos realmente ao segundo momento, que é um momento criado pelo próprio constituinte: empoderamento da justiça constitucional, o poder judiciário geral dos atores que provocam esse poder judiciário e todos eles convergindo realmente numa missão quase sagrada, tornar efetivos esses direitos fundamentais no nosso texto constitucional fundante em 1988; e a jurisprudência constitucional contribuiu muito para que esse processo de expansão e o fortalecimento dessa crença, seja pela ampliação jurisprudencial desses direitos fundamentais do catálogo, seja também pela eficácia na forma de força normativa dada em casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal os tribunais ordinários a esses direitos, seja pela extensão desse regime jurídico, em praticamente todo universo de instrumentais do nosso catálogo; claro que isso depois vai ser acompanhado por alguns problemas, inclusive as funções dos tribunais constitucionais e do poder judiciário referidos pelo professor Canotilho. Esta ampliação de direitos foi feita pelo judiciário, mas temos também momentos de reforma constitucional importante que buscaram agregar direitos e talvez agregar frustrações, direito a razoável duração do processo, sabe-se quão razoável é a duração do processo judicial no Brasil hoje e essa emenda constitucional 45 é a emenda da deforma do judiciário, talvez muito mais que reforma do judiciário, pois contribuiu muito para que o processo judicial seja mais efetivo e mais razoável na sua duração, eu tenho plena certeza disso, o direito à alimentação adequada, embora a Constituição não diga isso contribuiu muito para um reforço da nutrição no nosso povo brasileiro a partir dali, claro que essa emenda foi decisiva para essa transformação brutal na nossa ordem econômica e social, o direito à moradia, realmente

acabou com o déficit de moradias na sociedade brasileira.

Recentemente, o direito ao transporte, evidentemente como o transporte livre gratuito, foi uma reivindicação frequente nas passeatas, nas manifestações no passado; o congresso agora com direito ao transporte acabou resolvendo definitivamente esse nosso grave problema de transporte público, é claro que esse processo de evolução quantitativa e qualitativa no universo dos direitos fundamentais da Constituição brasileira encontra-se num momento de permanente euforia, digamos assim, constitucional. Pura ironia, mas não deixo de acreditar nos direitos fundamentais, talvez não da mesma forma como eu acreditava tempos atrás. O processo numa linha, e a formal linha jurisprudencial vem evoluindo assim, mas evidentemente, essa trajetória aparentemente virtuosa e vencedora talvez não seja realmente muito mais do que uma vitória de Pirro. Algumas manifestações desse desassossego, mencionado pelo professor Canotilho, é que os direitos fundamentais se tornaram uma espécie de ilha da fantasia no esquema constitucional, e alguma coisa disso me parece verdade, uma ilha da fantasia, não só quanto à crença na solução dos problemas a partir dos direitos fundamentais; agregando direitos estaríamos talvez acalmando algumas manifestações populares na linha da construção simbólica de Marcelo Neves, mas também, pelo fato de a culpa fazer parte da dogmática constitucional, muitas vezes os constitucionalistas esquecem o quanto os direitos fundamentais e as forças interativas funcionam se integradas ao esquema geral da Constituição, da organização do poder, do esquema federativo adequado, de uma constituição econômica, de uma constituição social, e assim por diante; temas que realmente desapareceram muito tempo do cenário do direito constitucional brasileiro, mas voltaram à tona nos últimos anos.

E este evento – um elogio merecido ao Gilmar e ao IDP - é um dos eventos que busca resgatar isso, historicamente, insere temas de política, de economia, de interseção do direito constitucional com esses mundos todos que, na verdade, podem de algum modo, ainda que não tão forte assim, resgatar um pouco dessa força normativa ou pelo menos acomodá-la num patamar, digamos, de alguma repercussão efetiva no mundo da vida, então esse me parece o momento, pois o primeiro momento, evidentemente, e fazendo agora um corte histórico é o nosso momento constituinte, 87/88, um momento muito especial em que a Constituição brasileira realmente ocupa um lugar muito especial sob o ponto de vista do seu texto, do programa textual; foi momento de ampla jusfundamentalização, em dois sentidos: um sentido em face da adesão expressa do constituinte a uma concepção de direitos fundamentais de tradição germânico europeia que passou a significar que os direitos fundamentais deixaram de ser meros direitos constitucionais, mas sim direitos qualificados por regime jurídico particularmente refor-

çado e promissor; aparentemente, seria uma série de soluções para uma série de problemas.

Certamente, os direitos fundamentais na Constituição atual nascem de uma crise e tentam de algum modo superar essa crise que é uma crise de autoridade, crise da destinação democrática, a crise de confiança já na origem da Constituição no legislador infraconstitucional; e colocar muitos direitos, constitucionalizar tudo; significa, de algum modo, se desconfia do congresso – e os constituintes de certa forma desconfiam do congresso amarrar tudo, amarrar o legislador, o juiz e o administrador.

De algum modo, buscou responder e superar com essa ampla constitucionalização e essa ampla jusfundamentalização, e apesar da crise de confiança e desconfiança. Só que nós não saímos dessa crise, nós, na verdade, continuamos em crise e os direitos fundamentais, de certa forma, costumam ser reflexos, e talvez, indutores dessa crise, que é crise de uma frustração constitucional cada vez mais crescente, uma crise de confiança também de efetividade, que os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos individuais são um déficit de efetividade tremenda, basta ver o número de homicídios, a criminalidade econômica, o déficit dos direitos fundamentais no dia a dia alcança desde os direitos individuais mais clássicos até os direitos sociais e culturais mais avançados; crise de eficácia e efetividade continua presente, talvez mais aguda do que era em 1987 e 88, e a crise de efetividade é uma crise de confiança, no próprio sistema constitucional de direitos e nas instituições; evidentemente, tem o papel de transformar esses direitos em realidade.

Há, portanto, uma crise de confiança nas instituições políticas, especialmente políticas como a crise no Brasil de hoje, e pior, identidade, afinal de contas, para que servem os direitos fundamentais? Talvez nós da academia achemos o máximo falar em direitos fundamentais, fazer apologia de direitos fundamentas, todos os congressos, GTs de estudantes são cada vez mais polarizados pelos direitos fundamentais, linhas de pesquisas para trabalhos de pós-graduação. Não acho que seja uma luta a ser abandonada, mas muito a ser repensada, no dia a dia, na rua, no mundo da economia, como disse o professor Canotilho, eficácia de ação horizontal ou dos direitos fundamentais das relações particulares é quase uma piada, o quanto *Google*, *Facebook* são vinculados a direitos fundamentais, realmente, é quase uma piada hoje, ou não? Oras, já existe uma crise de identidade, quais são os direitos e para que eles servem afinal de contas, e para quem eles servem, para o cidadão da favela, da vila? Direitos fundamentais são privilégios, é o que não se vê com o teto, com educação, para alguns outros também são coisas de vagabundo, garantias em processos penais, impunidade, isso é crise de identidade dos direitos fundamentais. Fato é que nascemos em crise, continuamos em crise, talvez agonizemos na crise e outras dimensões, se esse papel é um

pouco pessimista não me parece que talvez a tomada de consciência dessa crise, desse problema mais abrangente possa permitir um pouco mais de humildade e de contenção de realidade, um choque de realidade por parte de todos os atores, talvez o espaço de motivação para alguma resposta mais positiva. Obrigado.

Agradeço ao IDP e saúdo todos por intermédio do professor Canotilho e de sua esposa. Não vou falar sobre delação premiada, não sou especializado, se este fosse o tema, chamaria Doutora Catta Preta. Também não sou bom em palestra, quem é bom nisto é o Lula, estou aqui Pro Bono. Portanto, não terá problema depois se a Carta Capital fizer uma reportagem dizendo que estou recebendo para uma conferência aqui. Então, vamos ao tema.

Depois de ter ouvido, principalmente, o final da palestra do Ingo e a própria fala do professor Canotilho, fiquei pensando que em face de todas as circunstâncias, temos que nos abraçar e chorar, porque a situação está muito difícil.

Na minha tese de doutorado trabalhei súmulas vinculantes, momento em que conheci o Ministro Gilmar e brigava muito com ele sobre súmulas vinculantes, isto há tantos anos atrás. Hoje, o professor Canotilho fala aqui de súmula vinculantes, e que talvez seja a única coisa que se obedeça; daí, tenho a solução, vamos transformar a nossa Constituição toda em súmulas vinculantes, não teríamos mais recursos, apenas reclamação e o Código Penal. Estamos deixando de lado a legislação quando, paradoxalmente, normatizamos a súmula vinculante do Código de processo civil.

Eu não sou neoconstitucionalista, já escrevi muito sobre isto e não explicar de novo, só quero dizer que não divido o mundo em dois. Os neoconstitucionalistas dividem o mundo em positivismo clássico, ou o juiz boca da lei ou formalismo e do outro lado o juiz dos princípios. Ninguém mais do que eu no Brasil critica fortemente esta bolha especulativa de princípios, o que chamo de direito fofo. O Brasil possui direito fofinho, assim *borketeu*, se transforma tudo em afetividade, começa a decidir contra o Código Civil, porque com a criação de um princípio etc. Quando na verdade, nós estamos deixando de lado a produção democrática do direito, isto é uma questão que deve ser levada em conta.

Falarei aqui, em um breve resumo, o que vai estar na minha coluna no site do Conjur amanhã, que é sobre o novo livro do Cass Sunstein chamado *Constitucional Personae*, que se trata do perfil dos juízes da Suprema Corte, em face de tudo que foi dito aqui. Rapidamente, trago a colação, a discussão que está se fazendo hoje. Este livro saiu no dia 09 de outubro nos Estados Unidos e já o adquirimos no Brasil através do Rebook, esta é a pós-modernidade. Também saíram algumas resenhas por alguns professores nos quais estou louvando amanhã.

Neste livro, Cass Sunstein aborda quatro perfis de fato que são os seguintes, a Suprema Corte americana estaria dividida em juízes heróis, juízes soldados, juízes minimalistas e juízes mudos. Os juízes heróis seriam os juízes ativistas, fortemente ativistas, por exemplo, no Brasil que decidem o estado de coisas inconstitucional, o Ministro Gilmar, estado de coisas inconstitucionais, que é uma coisa nova descoberta no Brasil, eu mesmo tenho medo de ser declarado inconstitucional depois disto.

O meu sonho é que seja declarado dólar inconstitucional com efeito *ex tunc*, e chegar a um real novamente.

Enfim, eu que estudei filosofia um pouco, nunca pensei que a coisa pudesse ser inconstitucional, em nenhum estado de coisas que pudessem ser inconstitucionais. Mas esta é uma questão que se encaixaria bem no perfil de juízes heróis, do que fala o nosso Cass Sunstein.

O juiz soldado seria o juiz que segue o passo, seria uma espécie de juiz exegético, aquele juiz do convencionalismo, que diria Dworkin. O minimalista seria o intermediário entre o soldado e o herói, e por último, o mudo, aquele que não faz criação, é uma espécie de soldado do juiz, mas que não cria também. Estou dizendo isto, porque estes perfis são típicos de uma certa sociologia que me preocupa profundamente, estou escrevendo a coluna e dizendo isto aqui para evitar e alertar para que nós não passemos a construir no Brasil uma espécie de explicação do problema das decisões a partir de estatísticas sobre o que aconteceu no passado. Por exemplo, a minha preocupação na teoria do direito é com a criação de uma criteriologia para influenciar nas decisões dos juízes, ou seja, para minha doutrina tem que doutrinar, a doutrina não pode ser doutrinada.

Se o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, nós somos inúteis, podemos fechar, aliás, nem deveríamos ter vindo aqui. O direito não pode ser simplesmente o que os tribunais dizem que é, nós somos importantes. A doutrina tem um papel fundamental, ela tem que doutrinar, isto significa o modo de olhar o passado para ver o que acontece no futuro. O grande problema, e faça-se justiça, o próprio Sunstein vai dizer isto, que não se pode pegar um padrão desses perfis que foram construídos sem misturá-los, porque, por vezes, uma decisão vem de um juiz com o perfil de herói, de outro lado, este mesmo juiz no julgamento seguinte acaba tendo um perfil soldado, e outras vezes, se tem uma mistura do herói com o mudo.

Isto ocorre por causa da subjetividade e da perspectiva religiosa, por exemplo, ou por algum outro, que pode ser uma questão ideológica. O grande problema é que o Brasil é pródigo numa questão, não dá para fazer previsão sem ser sobre o passado. Não se pode ser profeta do passado aqui porque erramos, então, a minha preocupação é construir ou pegar a necessidade da construção de uma teoria da decisão que possa guiar e servir de referencial, fazer um controle anterior das decisões para que se tenha o mínimo de previsibilidade. De que adianta, por exemplo, olhar para o passado e dentro deste passado ser surpreendido por ele.

Portanto, imaginemos que eu estudo os perfis de juiz, por exemplo, como os juízes decidem, uma espécie de realismo tardio, então, eu sei o perfil de uma decisão que teve a predominância dos juízes heróis, o estado julga, depois, inconstitucional. Interessante se eu pegasse este perfil a fundo, poderia fazer previsões, porque afinal de contas, tenho um perfil do número xis

de atores de uma corte que decidem deste modo, e quando tenho um outro fato nesta linha, teria previsibilidade do resultado. Mas não tem sido assim nem nos Estados Unidos, e tão pouco se tem a mínima possibilidade que seja assim, porque uma certa sociologia que trabalha com este nível de estatística acaba se preocupando com o que passou.

Contudo, quando se decidiu o Mensalão, vários artigos nos jornais falavam quando faltava o último voto, de que até a alimentação era importante para as decisões judiciais. E aí se criavam lendas urbanas sobre uma pesquisa em Israel de que os juízes de lá, depois do café da manhã seriam mais benevolentes para com os réus, e perto do almoço que já estavam com fome seriam mais duros.

Eu pensei, certamente, que temos duas saídas, ou nós fazemos uma boa teoria do direito, uma teoria da decisão dos juízes de Israel, ou dá-lhes um vale refeição. Porque se uma teoria de um país depende do apetite dos juízes, fecham as portas e vamos buscar contêineres, porque se o direito depende de meras estratégias, faço a crítica respeitosíssima, obviamente, as estatísticas deste tipo de previsão sobre o passado, e eu explicarei isso amiúde em outra ocasião, sobre essa questão do livro das personas judiciais da Suprema Corte americana traçadas pelo brilhante Cass Sunstein.

Cabe salientar que temos de estar preocupados com questões que não apostem nesta questão do passado, porque isto pode nos surpreender, aliás, esta questão nem é minha, ela é do próprio Sunstein, ele diz que não se pode apostar simplesmente. No final acaba se perguntando para que servem os perfis, porque se os perfis são *ad hoc*, eles já não são mais perfis. Estes têm que ter a coerência para que eu possa cobrar no momento seguinte a aplicação, preciso olhar para o passado para que me dirija para o futuro. Mas, se o passado não me dá confiança porque os próprios perfis se modificam em face de algo que eu quero controlar, pois se eu tenho perfis, quero controlar a subjetividade de ideologias, mas se elas trocam, e exatamente, pela ideologia e pela subjetividade de nada me servem o que quero dizer, então prefiro mais otimista, não quero me abraçar e chorar, como se falou de certo modo.

Sem dúvida, sou otimista, nasci no meio do mato, minha mãe me dava mamadeira com um pedacinho de pau longe, para eu não a morder. Sempre fui muito pobre, eu ganhava cocô de cavalo e achava que ia ganhar o primeiro prêmio. O meu vizinho que era rico ganhava uma bicicleta e dizia que ia quebrar a perna na primeira curva. Eu sempre fui a pessoa mais otimista e acredito nas possibilidades, numa teoria da decisão e na qual tenho trabalhado profundamente. Tenho feito isto nesta questão para que nós possamos fazer este tipo de possibilidade de controle, porque nós vivemos, e aí se encaixa com que foi dito antes.

Primeiramente, nós temos que apostar num direito que deve ter um grau de autonomia, devemos resguardar o

direito dos predadores externos e internos. Penso que, uma subjetividade descontrolada é um predador interno e externo muito fortes. A política e a moral são fatores externos perigosos que a todo tempo fragilizam o direito. Se eu ficar dependente de posições pessoais ou de encaixe de perfis, que por acaso podem variar exatamente em face da subjetividade dos seus protagonistas, o direito do país coloca em série o risco das suas possibilidades de construir teorias próprias ou teorias que serviriam para criar previsibilidade.

Queridos amigos, imaginemos uma ADI absolutamente impactante em que o placar esteja 5/5, o último a votar é visto enquadrado pela comunidade jurídica como minimalista, dentro dos perfis do Sunstein, mas como o caso se trata de uma questão religiosa, ele se transmuda pelo perfil herói, ou como a questão é ideológica, ele se transforma num soldado. Quando todos esperam um voto herói, sai dali um voto mútuo, de que adiantou a pesquisa empírica sobre perfis em casos destes, afinal se um perfil se manifesta de forma *ad hoc*, é ele aí um perfil.

O que é preocupante para mim, é que daqui alguns dias, isto possa surgir no Brasil, porque nós importamos muito facilmente as coisas. Pesquisas feitas nos últimos cinco anos constataram que dos 300 habeas corpus julgados pelo STF, 50 destes tiveram perfil herói, 75 soldados. Foram julgadas 1.003 ADI cujo resultado foi 322 minimalista, 185 mudas, 425 soldados. No momento seguinte, por exemplo, trocou a composição ou a matéria com outra questão, daí o herói se transforma no mudo ou soldado. Quero dizer, que tudo isto pode ser muito útil, mas temos que ficar preocupados em criar as questões de possibilidade. Estou trabalhando com a questão de um debate de dilema, o debate contemporâneo, e isto está presente na fala do Professor Canotilho, do Ingo e todos nós.

No debate, jurisdição e democracia são compatíveis, isto é, se a democracia é regra majoritária, a jurisdição pode minoritariamente falar em nome em nome da maioria. Isto são diálogos institucionais, e eu posso responde-lo via Canadá, Nova Zelândia, Brasil e Alemanha são respostas diferentes, porque tribunais constitucionais, o parlamentarismo, o presidencialismo de coalisão ou não, dão respostas diferentes. Mas, como otimista, eu digo que a democracia e jurisdição são compatíveis, apesar disto levar a um dilema posto pelo Professor Canotilho e pelo Professor Ingo Sarlet. O dilema é que se a jurisdição é compatível, ela corre o risco de transformar a democracia numa juristocracia, como diz Jane Richter, uma *juristocraci*, este é o perigo que se corre. O Problema é identificar se o debate tem resposta positiva.

O dilema que se coloca é como controlar as decisões para evitar que a democracia se transforme numa juristocracia e para isto eu tenho que ter a resposta, e esta é conseguida olhando o passado com previsões para o futuro. É o modo, e o modo sociológico não me agrada, ou um modo de vetor estruturante de primeiro nível olha pa-

ra o futuro dizendo da previsibilidade que eu tenho que ter, porque para a democracia se consolidar, eu preciso fundamentalmente poder controlar decisões. Controlar decisões significa não só previsibilidade, mas poder ter *accountability*, e esta significa prestação de contas que as pessoas podem fazer censuras epistemológicas. A palavra censura é ruim, mas ligada à palavra epistemologia que são as condições e possibilidade do pensamento cria-se um novo termo. Censuras epistemológicas significa o controle epistêmico, censuras epistêmicas no sentido de constrangimentos para que uma determinada Constituição ou um determinado sistema normativo construa a partir deles previsões.

Entretanto, estas previsões para o bem ou para o mal devem ser seguidas pelo judiciário para que a população não seja surpreendida a cada momento, e que a decisão não seja fruto de uma visão individual, política, ideológica ou religiosa, mas sim, de uma visão jurídica.

O direito não é filosofia, sociologia, futebol nem mesmo religião, o direito é um conceito interpretativo, ele é construído a partir de uma reconstrução da história institucional dos fenômenos da legislação da jurisprudência e daquilo que é considerado a partir do DNA constitucional, princípios e regras. O direito não é filosofia moral, se fosse filosofia moral, eu contataria aquele Sadew para resolver os problemas. Vem vindo um trem, pode matar o gordinho ou você escolhe matar cinco pessoas, desvia e mata o gordinho, aí você tem uma saída, senão vai matar os cinco, mas, e se o gordinho for meu irmão. Esta é a diferença entre a moral privada e a moral pública, se o gordinho for meu irmão, eu não preciso desviar o trem, porque aí estou na moral provada. Agora, se o gordinho não for o meu irmão, eu sou obrigado a salvar cinco pessoas, porque ali está a moral pública, por mais que eu acho simpático o gordinho, mas se ele não é o meu irmão, eu preciso salvar cinco pessoas. Isto é um dilema moral, mas mesmo assim, um jurista não teria um dilema moral para resolver.

O direito também não é psicanálise e nem economia, se fosse economia, eu traria Edmar Bacha, se fosse psicanálise, traria o Calligaris, portanto, eu prefiro o direito, sou um ortodoxo. O direito tem o seu modo de autonomia para resolver estes problemas, mesmo estando cercado de predadores, economia, política e moral, sempre foi assim, às vezes mais forte e outras mais fraco.

Neste momento, o direito está fragilizado, mas somos juristas e não engenheiros ou médicos. Por que somos juristas? Podíamos fazer outra coisa, mas, se optamos por isto, somos obrigados a levar até o final. Obrigado a todos.

PROMOÇÃO

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP)
Escola de Administração de Brasília (EAB/IDP)
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional (EDB)

ORGANIZAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes (STF - IDP/EDB)

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Gilmar Ferreira Mendes (STF - EDB/IDP)
Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO GERAL

Dalide Corrêa (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Maria de Fátima Cartaxo de Mello (EDB/EAB)
Jairo Schàfer (EDB/IDP)
Sérgio Antônio Ferreira Victor (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Ana Paula de Azevedo e Silva (IDP)
Polliana Cristina de Oliveira Carvalho (IDP)

Revisão
Eliana Luíza de Azevedo

Comunicação
Célia Regina dos Santos (IDP)
Guilherme Zuza (IDP)

COLABORAÇÃO

Eliana Vieira Silva (IDP)
Fernando Rios (EDB/IDP)
Gabriela Jardim (IDP)
Laila Alves (IDP)
Maria Clara Nascimento (IDP)
Marília Parreiras Campos (IDP)

DIAGRAMAÇÃO
Marja de Sá

TIRAGEM

500

IMPRESSÃO

Gráfica Coronário